

La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale française : l'intégration d'un corps étranger

Sous la direction de :

Sophie Corioland,
Maître de conférences, Université de Picardie Jules Verne

et Elise Letouzey,
Maître de conférences, Université de Picardie Jules Verne

LISTE DES CONTRIBUTIONS

Avant-propos

par Elise Letouzey, Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Les incidences du droit de l'Union européenne sur les techniques d'incrimination en droit interne

par Elise Letouzey

Transposition des incriminations du droit pénal européen en droit belge

par Daniel Flore, Professeur à l'Université de Liège
et Directeur général de la direction générale Législation,
Libertés et Droits fondamentaux au service public fédéral Justice

L'incidence du droit de l'Union européenne sur les techniques d'incrimination en droit allemand

par Helmut Satzger, Professeur à l'Université Louis-et-Maximilien
de Munich

Les fluctuations des abus de marché en droit interne face au droit de l'Union européenne

par Frédéric Stasiak, Professeur à l'Université de Lorraine

L'immersion du droit de l'union européenne en droit interne : l'exemple du blanchiment, de la corruption, des droits de la consommation et de l'environnement

par Jacques-Henri Robert, Professeur émérite
de l'Université Paris-II Assas

La réception du droit de l'Union européenne en droit interne concernant le terrorisme : la tentation de l'isolement

par Mikaël Benillouche, Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

La criminalité informatique façonnée par le droit de l'Union européenne ?

par Paul Cazalbou, Enseignant-chercheur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Le statut du suspect en quête de stabilité

par Sophie Corioland, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Le statut de la victime en quête de cohérence

par Morgane Daury-Fauveau, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Rapport de synthèse

par Xavier Pin, Professeur à l'Université Jean Moulin de Lyon-III

AVANT-PROPOS

Elise Letouzey

*Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA*

Le terrain - L'idée de cette journée d'étude a pris racine dans un constat d'enseignant, à l'occasion du cours de droit pénal général donnant aux étudiants les premières bases de la matière. Dans le cadre de l'examen des sources du droit pénal, le volume consacré aux sources communautaires est passé, en quelques années, d'un petit paragraphe de quelques lignes à une section d'un volume conséquent décrivant l'histoire de la justice communautaire, la compétence pénale de l'Union européenne, les textes adoptés ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice¹.

Un rapide coup d'œil sur les bouleversements institutionnels explique une telle évolution : le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 rebat les cartes d'un droit pénal interne que l'on a longtemps observé comme officieusement communautarisé. De source indirecte ou d'influence sous-jacente, le droit de l'Union européenne est devenu une source directe et officielle du droit pénal. Il n'est plus question d'un troisième pilier relatif à la justice et aux affaires intérieures ni de basculements osés d'un troisième vers un premier pilier afin d'envisager la répression de comportements contraires aux intérêts de l'Union. Désormais, le législateur européen dispose des coudées franches pour imposer le recours au droit pénal. En ce sens, l'Union européenne a une compétence d'attribution en matière pénale.

Certes, l'on pourrait opposer que le droit pénal communautaire à l'œuvre est partiellement sous influence conventionnelle. Il suffit pour s'en convaincre de voir comment sont forgées certaines incriminations de droit interne pour y voir la patte conventionnelle, comme par exemple en matière de blanchiment, de criminalité

1 - X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 2017, 8^{ème} éd., n°74 et 75 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 2015, 24^{ème} éd., n°112 à 115 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2016, 4^{ème} éd., n°456 à 470. Le constat s'étend à la procédure pénale, S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 2015, 10^{ème} éd., n°64 et s. et n°73 et s.

informatique ou encore de corruption. Mais l'autonomie du droit pénal de l'Union européenne consolidée avec le Traité de Lisbonne est bien réelle².

Il faut dire que l'enjeu est de taille et il peut se mesurer à l'aune de l'ambition de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : de la liberté de circulation à la création d'un espace commun, la réalisation de l'Union européenne passe par l'abolition des frontières criminelles. Le terrain de la justice pénale en Europe, et c'est l'une des difficultés majeures, est modelé selon la volonté des Etats-membres, mais est aussi façonné par le produit des institutions européennes, au moyen de « véhicules juridiques », selon l'expression de M. l'Avocat général Yves Bot, qui ne sont pas tous adaptés à l'élaboration d'un droit pénal tout entier construit sur le principe de légalité.

L'inventaire sera bref. Le règlement est exclu en matière pénale (« alors que c'est de celui-là dont on a besoin puisque lui seul est précis »³).

La directive est floue mais, justement, c'est son rôle et son intérêt : la logique d'harmonisation du résultat final auquel il faut se conformer suppose de laisser une marge de manœuvre aux Etats membres quant à la manière d'atteindre l'objectif fixé par la directive. Les Etats doivent transposer mais ils demeurent libres des moyens utilisés pour parvenir à la finalité imposée par la directive. Cela conduit certes à une harmonisation dans les grandes lignes, telle que décrite et imposée par le texte communautaire, mais le résultat demeure perméable à la pluralité, aux disparités résultant d'une transposition plus ou moins volontariste de l'Etat membre.

Finalement, ironie du sort en raison de son abandon par le Traité de Lisbonne, c'est la décision-cadre qui, avec son obligation d'interprétation conforme, est la plus exigeante.

2 - L'allégeance de l'Union européenne à la Cour européenne des droits de l'homme, que l'on pourrait croire spontanée en matière de droits fondamentaux, doit d'ailleurs être largement relativisée au regard de l'avis de la Cour de Justice de l'Union Européenne rejetant l'adhésion de l'Union à la Convention européenne, notamment en raison du risque d'atteinte à la confiance mutuelle, CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, § § 191 et s., et § 258.

3 - Y. Bot, Libres propos, Amiens, 1^{er} avril 2016. La vidéo de l'allocution de M. l'Avocat général, ainsi que les interventions du colloque peuvent être visionnées sur le site du CEPRISCA.

Les instruments institutionnels ainsi appliqués n'en sont pas moins familiers de notre tradition juridique : la transposition de directive est un rendez-vous régulier inscrit à l'agenda parlementaire⁴.

L'assimilation du droit de l'Union fonde un terreau partagé, qui consiste en des valeurs sociales communes protégées *a minima* pour les plus sceptiques, ou bien qui incarne un socle indérogeable pour les optimistes.

Alors pourquoi cet intitulé provocateur, voire déplacé en cette période de crise politique et humanitaire de l'Union européenne ? Et, qui plus est, sans la pudeur universitaire ou l'humilité scientifique de la forme interrogative. « La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale interne : l'intégration d'un corps étranger ». L'explication est la suivante : ce corps n'est pas étranger par la forme ou la manière, la question ne saurait se poser, tant le besoin d'Europe est grand⁵. Le corps est étranger quant au contenu qu'il conduit à conférer au droit pénal lorsqu'il est examiné à la loupe par le pénaliste besogneux et technicien, cantonné à son domaine de prédilection.

L'architecte - Les enjeux sont essentiels. La réception de règles juridiques en droit interne au sein de l'Union européenne ne peut pas se limiter à une phase de digestion sans réflexion. D'autant que la plupart des transpositions de directives pénales sont opérées en ordre dispersé, quand ce n'est pas par voie d'ordonnance⁶, au grand dam de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen imposant un recours à la loi en matière de délits et de peines dans le respect du principe de nécessité.

Reprenant l'image d'un ouvrage discutant la construction du Code pénal, l'on peut légitimement s'interroger de la même manière sur la pertinence de la technique qui est à l'œuvre⁷ : Où est passé

4 - Pour la seule matière pénale : Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 ; Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 ; Loi n° 2013-711 du 5 août 2013, etc.

5 - V. notamment le Manifeste pour une politique criminelle européenne, regroupant des universitaires de dix pays de l'Union européenne, RPDP 2011. 131.

6 - Illustration en est de l'article 118 inséré au sein du chapitre V « Habilitation à prendre par ordonnances des mesures relevant du domaine de la loi » de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

7 - P. Poncera et P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998.

l'architecte de l'Europe pénale ? Où est passée la nécessaire discussion politique et juridique des représentants du peuple - techniciens de la norme pénale - lors du recours au droit pénal ou de sa modification ? La transposition devient une corvée technique rendant le produit fini assimilable à un corps étranger lorsqu'il s'agit de droit pénal.

L'on ressent alors d'autant plus vivement l'inquiétude dont le doyen Carbonnier avait fait part quant à la fabrique du droit : « Si l'on dresse le bilan, l'on constate qu'une part très considérable du droit postérieur à 1914, même du droit civil, loin de sortir des profondeurs de la Nation, a une origine purement bureaucratique. Il faudrait rechercher si ce droit n'est pas souvent ressenti par ses sujets (et même par le juge) comme un corps étranger »⁸. L'éminent auteur précisait alors que « le divorce entre le droit technique et le peuple est un phénomène qui s'est reproduit à plusieurs époques de l'histoire (au Bas-Empire, opposition entre les constitutions impériales et le droit vulgaire ; au Moyen-Âge entre le droit savant [romain et canonique] et les coutumes ; en Allemagne après la réception du droit romain, entre le *Volksrecht* et le *Juristenrecht* »⁹.

Ne serions-nous pas à l'un de ces tournants historiques de réception d'autres droits ou plus précisément d'une autre manière de faire le droit ?

L'ouvrage - Si la question est déjà audacieuse, y apporter une réponse serait péremptoire. A tout le moins peut-on constater que la place du droit pénal semble - pour certains aspects - redéfinie.

Cette redéfinition relève d'une volonté ferme et explicite lorsqu'on fait la liste des « eurocrimes », ces domaines d'intervention qui trouvent racine dans un besoin de droit pénal commun¹⁰. Mais qu'en est-il de son rayonnement concret ? Le droit de l'Union façonne-t-il vraiment nos incriminations classiques de corruption, d'abus de marché, de criminalité organisée ou encore notre statut du suspect ? Et qu'en est-il du terrorisme, pour lequel le rôle rétrospectif du droit pénal n'est qu'une partie de la solution, nécessaire mais si insuffisante ?

8 - J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27^{ème} éd., PUF, 2002, n°106, p. 207.

9 - *Ibidem*.

10 - Art. 83 § 1 TFUE : « Le Parlement européen et le Conseil, [...] peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines 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. »

Cette redéfinition est plus approximative lors de l'inventaire des branches du droit communautaire pour lequel le droit pénal tient le rôle d'une harmonisation accessoire à une politique de l'Union¹¹. Plus qu'un droit pénal suiveur¹², il s'agit d'un droit pénal serviteur : au service des intérêts d'une politique communautaire, le droit pénal prête ses fonctions rétributives, dissuasives voire réintégratives. Cela n'est évidemment pas le propre du droit européen, mais cette transposition à titre accessoire y participe pleinement et le recours au droit pénal par le législateur communautaire alimente l'affirmation de Portalis lors de son discours préliminaire du premier projet de Code civil prononcé le 21 janvier 1801 : « Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres ».

Les plans - L'on se prend alors à rêver d'un emprunt incongru : celui du caractère résiduel du droit de l'Union, conférant à nouveau au droit pénal son caractère de nécessité, d'*ultima ratio*, cette discipline de l'extrême dont le recours engage des intérêts supérieurs, mobilise la force publique et convoque l'intérêt général ; bref, un droit pénal qui n'est pas neutre.

En attendant, un examen minutieux de la manière dont le droit interne reçoit le droit pénal de l'Union européenne se révèle d'autant plus nécessaire. A côté des mécanismes de coopération, de reconnaissance mutuelle qui ont donné lieu à de grandes études levant les nombreuses interrogations sur la construction de l'espace pénal européen, la démarche du présent ouvrage tente de partir d'un regard de pénaliste interniste, afin de scruter les domaines d'intervention de l'Union européenne, sur le plan substantiel et procédural, d'examiner la légistique à l'œuvre afin de mieux comprendre comment le droit de l'Union européenne influe sur la façon de modeler le droit pénal interne.

11 - Art. 83 § 2 TFUE : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère 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, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ».

12 - J.-C. Saint-Pau, Propos introductifs, p. 9 et Y. Mayaud, Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit, p. 472, in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, Cujas, 2012.

PREMIÈRE PARTIE :
UN DROIT PÉNAL GÉNÉRAL RÉCALCITRANT

LES INCIDENCES DE LA TRANSPOSITION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LES TECHNIQUES D'INCRIMINATION EN DROIT INTERNE

Elise Letouzey

*Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA*

Contexte - « En principe, la législation pénale et les règles de procédure pénale restent de la compétence des États membres ». Si l'affirmation de l'arrêt Casati rendu par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) le 11 novembre 1981¹ demeure valable, l'édifice juridique sur lequel elle repose a bien changé. Sans retracer les étapes de l'eupéanisation du droit pénal², retenons surtout que depuis 1981 des piliers ont été créés, puis ont été supprimés et que les évolutions institutionnelles ont conduit, avec le Traité de Lisbonne, à conférer explicitement à l'Union européenne une compétence normative en matière pénale, ce qui en fait aujourd'hui une véritable source du droit pénal³. Au regard des instruments juridiques à la disposition de l'Union, la décision-cadre imposant une décision à l'unanimité des Etats membres au sein du troisième pilier⁴ a été remise au profit de la directive. La directive apparaît alors comme un mécanisme

1 - CJCE, 11 novembre 1981, aff. 203/80, § 27, rec. p. 2618.

2 - Sur ce point, E. Rubi-Cavagna, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, éd. Gualino, 2014, p. 15 et s. ; C. Haguenu-Moizard et al., *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Paradigme, 2016, n° 3 et s.

3 - X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 7^e éd., 2016, n° 74.

4 - Domaine sur lequel la Commission européenne souhaitait parfois avoir la main, générant des conflits de compétence : le Traité de Lisbonne n'a pas complètement mis fin à la question du domaine de compétence, et la Cour de justice n'hésite pas à opérer, comme auparavant, une ventilation des compétences en fonction du domaine concerné, CJUE, 6 mai 2014, C-43-12, Commission c. Parlement européen et Conseil, RTDE 2015, p. 407, obs. L. Grard, la Cour estime en l'espèce que le domaine de l'entraide répressive en matière d'infractions routières transfrontières constitue « l'accessoire » à la politique des transports. Dès lors, le domaine ne relève pas de la compétence du Parlement et du Conseil mais bien de la Commission européenne.

légitimé⁵ par une procédure faisant intervenir la codécision⁶ du conseil européen et du parlement, et assoupli par une adoption à la simple majorité.

Impulsion - Sur le fondement de ces premières observations, il semble nécessaire de préciser l'impulsion qui conduit les institutions européennes à légiférer en matière pénale. Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatives au rapprochement des droits nationaux des Etats membres prévoient clairement dans l'article 82 que : « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires ».

Autrement dit, le rapprochement des droits nationaux - qui se traduirait concrètement par une harmonisation - n'est pas un objectif en soi : cette harmonisation se place au service de la coopération⁷.

Harmonisation - Selon les termes de l'article 83 du TFUE, il ressort que le recours au droit pénal s'appuie sur deux fondements, c'est-à-dire que l'harmonisation concerne deux aspects : l'article 83 § 1 expose les « eurocrimes », qui sont une sorte de canevas des valeurs essentielles que l'Union veut protéger. Ces « eurocrimes » sont relatifs à une criminalité transfrontière et particulièrement grave. Ils sont limitativement énumérés et tendent vers une harmonisation dite « autonome ». A côté de ce socle, l'article 83 § 2 prévoit une harmonisation baptisée d'« accessoire », accessoire à une politique de l'Union. Il s'agit d'un droit pénal que l'on qualifie pudiquement de technique ou de sectoriel et qui consiste en réalité à postuler que le recours à la sanction pénale serait la manière la plus efficace⁸ de

5 - H. Satzger, Le principe de légalité, *in* Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p. 85.

6 - Notamment sur le processus décisionnel, D. Flore, Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE, *Revue de l'Union européenne* 2014, p. 559.

7 - Cette approche interpelle au premier regard, mais la logique se conçoit finalement aisément si l'on admet que l'on coopère d'autant plus facilement qu'il n'existe pas de contradictions fondamentales entre les systèmes pénaux des Etats, C. Jacobet de Nombel, Est-il nécessaire d'harmoniser pour coopérer ?, *in* *Juge national européen et international et droit pénal* (dir. V. Malabat), Cujas, 2012, p. 109.

8 - J. Tricot, *Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la théorie générale de la loi pénale de fond*, thèse, Paris, 2009, n° 536 et s.

réaliser les objectifs de l'Union. Et ce, dans un domaine qui n'a pas de vocation pénale particulière.

Interrogations - Cerné par les exigences de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité, le recours au droit pénal interroge. La Commission européenne n'élude pas la question, elle invite même, de manière étonnante⁹, à envisager d'autres voies que le droit pénal : « il peut être préférable d'avoir recours à la sanction administrative dans les domaines où, par exemple, les infractions sont particulièrement graves¹⁰ ». Le recours à la sanction pénale peut ne pas être l'instrument le plus pertinent. En ce sens, le droit de la concurrence, totalement administrativisé en est une illustration éclatante¹¹ : l'efficacité de l'harmonisation est passée en l'espèce par une dépénalisation formelle.

Au regard de ces hésitations, l'utilisation du droit pénal par l'Union impose deux constats.

Le premier constat est qualitatif. D'une part, l'obligation de transposition d'une directive revient à une perte du droit de ne pas punir¹². L'exemple des abus de marché permet d'éclairer cette notion : la directive n° 2014/57/UE du 16 avril 2014¹³ oblige à ériger

9 - M. Van de Kerchove, Introduction, in *Fondement et objectifs des incriminations en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 12.

10 - Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions faite le 20 septembre 2011 et intitulée : « Vers une politique de l'Union européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'Union européenne au moyen du droit pénal ». Les propos de la Commission s'inscrivent dans une réflexion sur le recours au droit pénal dans les domaines d'action harmonisés, concernés par l'article 83 § 2, comme par exemple le transport routier, la protection de l'environnement ou encore la politique de la pêche.

11 - Y. Bot, Le droit pénal et l'Union européenne - ombres et lumières, in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), liber amicorum Vasilios Skouris*, Bruylant, 2015, p. 143.

12 - D. Zerouki-Cottin, L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir, RSC 2011, p. 575. De même, sur le sens unique de la subsidiarité verticale, ne permettant de délimiter que l'intervention, et non l'abstention, X. Pin, Subsidiarité versus efficacité, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p. 47.

13 - L'article 3 prévoit que « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'une opération d'initié, le fait de recommander à une autre personne ou de l'inciter à effectuer une opération d'initié (...) constituent des infractions pénales, au moins dans les cas graves et lorsque ces actes sont commis intentionnellement ».

en infraction pénale des comportements d'abus de marché¹⁴, alors que la censure constitutionnelle du 18 mars 2015¹⁵ en a, *de facto*, dépenalisé la répression, entièrement dévolue à l'Autorité des Marchés Financiers. D'autre part, le respect nécessaire du droit de l'Union revient à une neutralisation possible du droit de punir lorsque ce dernier n'est pas conforme au droit communautaire, constituant en quelque sorte une entrave¹⁶.

Le second constat est quantitatif et relève de la prudence. D'un côté, est dépassée la phase d'une communautarisation galopante, officieuse voire silencieuse¹⁷ du droit pénal, car les domaines d'intervention du législateur européen sont énoncés au grand jour. D'un autre côté, l'absence de délimitation de l'article 83 § 2, reléguant le droit pénal au rang de mesure d'accompagnement¹⁸, ouvre sur une pénalisation dont le domaine est très largement entendu.

Enjeux - Dans ce cadre, les rapports entre les deux niveaux normatifs – interne et européen – sont techniques. Sans être doté d'une compétence pénale directe, le législateur communautaire devient un co-rédacteur de la norme pénale interne et cela conduit nécessairement à remodeler des aspects du droit pénal général.

La question est alors de savoir comment ce droit pénal général est amendé, tout en s'interrogeant, plus largement, sur l'efficacité voire sur l'utilité de l'harmonisation des droits pénaux des Etats membres.

14 - La directive devant être transposée avant le 1^{er} juillet 2016, une proposition de loi, en cours de discussion au moment où ces lignes sont écrites, réécrivant notamment l'article L.465-1 du code monétaire et financier, permettrait de pénaliser de nouveau le comportement, conformément aux injonctions européennes.

15 - Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2014/462 QPC, RSC 2015, p. 705, obs. B. de Lamy ; O. Decima, Le fantôme de *ne bis in idem*, D. 2015, p. 874 ; J.-H. Robert, Plus de cumul entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié, JCP G 2015, 609 ; F. Sudre, Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel, JCP G 2015, 605.

16 - E. Rubi-Cavagna, Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne, RSC 2009, p. 501.

17 - R. de Bellecize, La communautarisation silencieuse du droit pénal, Dt pénal 2008, et n° 2.

18 - B. de Lamy, Pour un regard vigilant sur le principe de légalité après le Traité de Lisbonne, *in* Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p 99. L'auteur parle de « blanc-seing » donné à l'Union européenne.

Hypothèse - L'on pourrait ici s'en tenir à l'examen de la technique de la transposition, au moment de l'élaboration de l'incrimination, entendue comme la description du comportement interdit¹⁹. Mais il semblerait toutefois que le phénomène à l'œuvre soit plus complexe. En réalité, cette rédaction à quatre mains de la loi pénale ne se perd pas de vue : l'on ne s'éloigne jamais définitivement de l'origine européenne du texte. Le droit de l'Union n'est pas seulement un point de départ²⁰ de l'élaboration de la norme pénale, il en est aussi le « principal architecte²¹ », conduisant en quelque sorte à se référer aux plans de la construction de la norme pénale non seulement au moment de sa rédaction, mais aussi au moment de son exécution. Si l'incidence du droit de l'Union sur l'incrimination est plus large et composite, il nous faut alors tenter une approche simple et pour le moins classique : envisager d'un côté, les aspects de forme, et d'un autre côté, les aspects de fond.

Mesurer les incidences formelles du droit de l'Union sur la manière de recourir au droit pénal requiert de voir comment l'interdit est rédigé, mais aussi comment s'opère le contrôle par les juges sur ce processus original de co-législation (section 1). Semblablement, la transposition entraîne des incidences substantielles. Elle vient toucher le cœur de l'incrimination, le contenu du texte répressif. Mais l'incrimination ne peut être appréhendée toute seule, elle doit être replacée au sein de l'ensemble indivisible que constitue le droit pénal²², à savoir un cadre de responsabilité précis visant à imputer la commission d'un comportement sanctionné par une peine. Les incidences substantielles de la réception du droit pénal communautaire concernent ainsi l'incrimination, la responsabilité pénale et la peine (section 2).

19 - « Incriminer est le fait d'ériger un comportement en infraction en l'assortissant d'une sanction pénale », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, v^o *incrimination*.

20 - CJCE, 7 janvier 2004, Montres Rolex SA, aff. C-60-02.

21 - P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris X Nanterre, 2006, n^o 359.

22 - B. de Lamy, Pour un regard vigilant sur le principe de légalité après le Traité de Lisbonne, *in* Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n^o 28, Société de législation comparée, 2012, p. 99.

Section I - Les incidences formelles de la transposition du droit de l'Union européenne sur les techniques d'incrimination

La légalité et le contrôle de la légalité - Les répercussions formelles de la transposition du droit de l'Union doivent être analysées en mettant en rapport deux éléments : le principe essentiel guidant la rédaction de la norme pénale, à savoir le principe de légalité, doit être confronté aux différentes techniques de rédaction qui sont utilisées pour transposer une directive (§ 1). Alors seulement, l'on pourra procéder au contrôle de la qualité de cette loi. La directive et sa transposition donnent lieu à une loi pénale sur laquelle les juridictions internes portent un regard attentif (§ 2).

§ 1 : L'opération de transposition

La technique de transposition - Une première observation, sous forme de lieu commun, est possible concernant la qualité de la loi pénale : lorsqu'une directive émane de l'Union, elle doit toujours être transposée²³. La directive ne dispose pas d'effet direct²⁴. La chambre criminelle le rappelle régulièrement et il suffit de prendre connaissance de l'arrêt en date du 3 février 2016 pour le confirmer²⁵. *A priori*, ce double étage législatif est donc impératif. Ceci étant posé, la loi pénale doit revêtir deux qualités essentielles pour que lui soit conférée une légitimité et que soit garantie la protection des libertés individuelles : la nécessité et la légalité.

23 - Le médiateur de la loi nationale doit toujours jouer, quelle que soit la nature de l'instrument : directive, règlement ou décision-cadre. Sur ce point, J. Tricot, *Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la théorie générale de la loi pénale de fond*, thèse, Paris, 2009, n° 234 et s.

24 - On parle alors de « droit pénal d'origine européenne » ou de « mise en œuvre du droit communautaire par le droit pénal national », A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd. 2005, n° 58, p. 93. Pour une analyse antérieure au traité de Lisbonne qui a gardé toute sa pertinence, P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris X Nanterre, 2006, n° 349 et 352.

25 - Cass. crim. 3 février 2016, publié, pourvoi n° 14-85.198, Dt. pénal 2016, comm. n° 62, obs. J.-H. Robert.

Le principe de nécessité - Le principe de nécessité peut se confondre avec l'exigence de subsidiarité²⁶ : l'on ne recourt au droit pénal qu'en dernier lieu (c'est la règle de l'*ultima ratio*) et parce que le droit pénal est supposé être la meilleure solution²⁷. Mais cette condition de subsidiarité se situe très en amont du processus d'incrimination : il s'agit de savoir si, sur le principe, l'on doit recourir au droit pénal. Le risque est de s'éloigner, par trop de hauteur, des techniques de transposition, et il s'avère plus sage de se situer plus en aval, vers le principe de légalité pénale.

Le principe de légalité - Le principe de légalité criminelle est un fondement essentiel et inébranlable de notre système juridique, qu'il soit européen ou national. Formellement, la légalité ne manque pas de consécration internes²⁸, communautaires²⁹ et internationales³⁰. Quant au contenu du principe de légalité, sans entrer dans ses ramifications comme par exemple l'application de la loi dans le temps ou l'interprétation stricte, nous nous contenterons de retenir un principe de légalité défini pour la forme, par l'exigence d'une norme préexistante et pour le fond, par l'exigence d'une clarté (synonyme d'accessibilité) et d'une prévisibilité de la loi pénale (synonyme de sécurité juridique).

Respecter le principe de légalité implique donc d'avoir une loi contenant un interdit formulé de manière claire et prévisible.

26 - Le principe de subsidiarité est consacré dans le préambule, l'article 5 et le protocole additionnel n° 2 du Traité sur l'Union européenne ; ainsi que dans le préambule et l'article 51 de la charte des droits fondamentaux.

27 - En d'autres termes, une intervention au niveau national est insuffisante, seule une action au niveau de l'Union permet d'atteindre les objectifs fixés.

28 - Il s'agit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 112-1 du code pénal.

29 - L'article 52 de la charte des droits fondamentaux reste obscur : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. ».

30 - C'est l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Pour un examen combiné des deux dispositions, P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris X Nanterre, 2006, n° 80 et s.

Le respect du principe de légalité par le législateur interne³¹

- Ce principe est-il respecté par le législateur lorsque les directives sont assimilées en droit interne ?

Si l'on cherche à esquisser la tendance générale de la qualité rédactionnelle de la loi pénale³², il apparaît que le législateur interne, en tant que préposé à la transposition, recourt massivement aux incriminations par renvoi. Par ailleurs, il semble avoir une inclination manifeste pour les incriminations par omission. Si l'on retrouve ici les écueils inhérents au droit interne dans le cadre d'un constat assez classique, la transposition présente quelques aspects originaux.

La technique de la transposition *in extenso* de la directive

- La première manifestation originale de la réception du droit de l'Union consiste dans la technique de transposition *in extenso* d'un texte communautaire. Le principe est de recevoir le texte de manière brute, sans retouche ni modification du droit interne préexistant. Cela s'est notamment produit avec les lois du 3 janvier et du 4 août 2008 relatives aux pratiques commerciales déloyales³³ (englobant les pratiques agressives et les pratiques trompeuses). Dans un premier temps, le législateur n'a pas cru bon de transposer la directive du 11 mai 2005³⁴ comportant une annexe dressant une liste de trente et une pratiques commerciales réputées déloyales en toute circonstance. Craignant un recours en manquement, il est revenu sur sa position en intégrant, presque *in extenso*, la liste issue du texte européen :

31 - L'on a pu se demander si le législateur communautaire était débiteur de l'obligation de légalité pénale, la Cour de justice semble y répondre positivement, CJUE, 3 juin 2008, Intertanko, C-306/08, notamment le point 70 et les conclusions de l'avocat général Kokott. Mais il s'agit *in fine* d'un problème d'efficacité car si la directive est précise, l'objectif d'harmonisation sera facilement atteint, alors que si la directive manque en précision et en clarté, cela confère au législateur interne toute latitude pour palier à ces lacunes et l'objectif d'harmonisation s'éloigne d'autant.

32 - Les craintes de certains auteurs se confirment alors, B. de Lamy, Pour un regard vigilant sur le principe de légalité après le Traité de Lisbonne, *in* Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p. 99.

33 - Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, P. Conte, Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives, Dt. pénal 2008, ét. n° 3. Le texte général d'incrimination des pratiques commerciales déloyales est le nouvel article L.121-1 du code de la consommation.

34 - Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

à l'opposé du renvoi, la réception sans aménagement du droit de l'Union vient en surimpression du droit de la consommation et confère à la loi pénale un manque de lisibilité.

La technique de transposition peut même avoir un effet contre-productif de neutralisation. C'est par exemple le cas avec le maintien de l'incrimination de vente liée³⁵ : celle-ci, incriminée au titre des pratiques commerciales illicites, ne rentre pas dans la liste limitative³⁶ des pratiques commerciales trompeuses. Normalement, la vente liée devrait donc subir le principe de primauté et être *de jure* écartée en regard des pratiques commerciales trompeuses. Les transpositions s'opèrent dans le cas présent sans cohérence³⁷ ni inventaire des droits concernés³⁸.

La technique du renvoi - A l'inverse, l'incrimination par renvoi consiste, pour la définition du comportement ou de la sanction pénale, à renvoyer à une disposition légale ou réglementaire située ailleurs dans le code même ou bien dans un autre code, elle peut aussi se trouver contenue au sein d'un texte communautaire ou international³⁹. Exemple peut en être donné avec l'article L. 452-1 du code de la consommation relatif à la sécurité des produits, et plus précisément à l'exportation de denrées alimentaires hasardeuses. Le texte vient prohiber⁴⁰ « le fait d'exporter vers un pays tiers à la

35 - C. cons. art. L.121-11.

36 - En effet, par dérogation au principe selon lequel le texte communautaire ne pose qu'un *minimum* qu'il appartient aux Etats membres de dépasser, les termes de la directive du 11 mai 2005, précisée en son considérant 17 sont clairs : « L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas (...). Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive. ».

37 - M.-P. Lucas de Leyssac, Le droit de la consommation, *in* Les incidences des évolutions constitutionnelles et conventionnelles sur la matière pénale, actes de colloque, Revue Lamy droit des affaires, septembre 2011, supplément au n° 63, p.35 et spéc. p. 37.

38 - Est alors constaté un amoncellement des dispositions que seule une recodification permet de réorganiser, ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

39 - Ce serait même une marque de fabrique de la norme pénale supranationale, opérant une « division du travail », A. Huet et R. Koering-Joulin, Droit pénal international, PUF, 3^e éd. 2005, n° 58, p. 93.

40 - Sous la menace « d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 600 000 €. L'alinéa suivant prévoit que ce « montant peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits », C. Conso. art. L. 452-1. Il s'agit de l'ancien article L.213-2-1 du code de la consommation.

Communauté européenne une denrée alimentaire préjudiciable à la santé ou un aliment pour animaux qui est dangereux, en méconnaissance des dispositions de l'article 12 du règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002. » Le raccourci rédactionnel oblige alors à une acrobatie sur deux niveaux : une partie de l'élément matériel se trouve au sein du code de l'environnement, alors que l'autre se situe au sein de la directive, révélant une dispersion certaine⁴¹.

La technique de l'omission - De son côté, l'incrimination par omission consiste certes à se contenter d'une abstention mais c'est une modalité de commission de l'infraction qui s'est étendue vers la scission entre la norme de comportement et la norme de pénalité⁴². Cela revient à scinder la structure traditionnelle de l'incrimination : « le fait de... est puni de tant... ». L'omission tend à distinguer clairement d'un côté, ce qui n'est pas un interdit mais qui est une obligation - laquelle n'a en elle-même aucune teneur pénale -, et d'un autre côté, la sanction du non-respect de cette obligation, généralement reléguée en fin de chapitre, au sein d'une section « Sanctions pénales ». Si la technique, là encore, n'est pas propre à la réception du droit de l'Union, elle trouve ici un terrain d'expression original lorsqu'elle est combinée à l'incrimination par renvoi.

La technique de l'omission par renvoi - Le torsion du principe de légalité est très nette lorsque la transposition d'une directive est faite en recourant à une incrimination par omission et en opérant par renvoi. Par exemple, l'article L. 541-46 du code de l'environnement⁴³ prévoit que :

« I. - Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait de : (...)

16° Ne pas respecter les exigences du règlement (UE) n° 1257/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2013, relatif au recyclage des navires et modifiant le règlement (CE) n° 1013/2006 et la directive 2009/16/ CE ».

Ledit règlement tient en vingt pages, comporte trente-deux articles,

41 - B. Aubert, Application du droit communautaire par les juridictions internes, RSC 2003, p. 418.

42 - Une autre présentation articulée autour du renvoi opère la distinction entre la pénalité par renvoi et l'incrimination par renvoi, P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris X Nanterre, 2006, n° 595 et s.

43 - Modifié par l'article 85 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015.

dont très peu contiennent des obligations propres aux navires : le problème en l'espèce ne consiste pas tant dans le fait que l'on puisse pénaliser puissance « n » articles du règlement, mais en ce qu'il faut, en plus du renvoi, opérer un tri minutieux pour savoir ce qui relève ou non, au sein du texte européen, d'obligations dont le non-respect fait encourir deux ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende. Une telle manière de rédiger l'interdit suppose une transfiguration de l'incrimination : la norme de pénalité (en l'espèce, la loi pénale spéciale au sein du code de l'environnement) devient le point de départ vers la norme de comportement (qu'il faut déterminer en remontant vers le règlement communautaire).

Tendance générale - De ces formes d'indolence législative résultent deux inconvénients.

En premier lieu, le principe de légalité ressort affaibli de cette « méthode mixte de création du droit pénal⁴⁴ » : les textes décrivant un comportement et prévoyant une peine manquent de clarté et de prévisibilité. La perte d'accessibilité rend redoutable la lecture d'une incrimination⁴⁵ et l'articulation entre les comportements réprimés, surtout en dehors du code pénal. Il n'est pas certain que ce *modus operandi* s'opère dans l'intérêt du justiciable, quelle que soit sa qualité (consommateur, chef d'entreprise, professionnel, marin ou citoyen).

En second lieu, le divorce entre la norme de pénalité et la norme de comportement⁴⁶ est consommé : l'on s'éloigne de l'incrimination en tant que « modèle abstrait de référence, destiné à cristalliser les bons et les mauvais agissements⁴⁷ ». Le nouveau modèle de référence, est

44 - P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris X Nanterre, 2006, n° 359.

45 - Du moins, si l'on s'attache à une approche plus formelle que l'appréhension matérielle du principe de légalité qui est celle de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la prévisibilité et l'accessibilité s'entendent de manière compréhensive. A tel point que pour la Cour, ces exigences sont respectées dès lors qu'un conseil juridique peut livrer la lecture permettant de saisir la tenue du comportement incriminé : CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête n° 6538/74, § 49 : la cour précise que « le droit interne applicable doit être formulé avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées - en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés - de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé ». Dans le même sens, CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, requête n° 17862/91, § 31.

46 - C. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 17.

47 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2013, n° 37.

plus diffus. L'incrimination revient à se saisir d'une norme juridique pénalement neutre, consistant en une obligation de bon agissement, dont le non-respect le ferait basculer du côté du mauvais agissement⁴⁸ et générerait l'incrimination.

Les techniques de transposition ont une incidence incontestable sur la qualité de la loi, et les juridictions internes regardent attentivement la qualité de cette loi pénale. Ainsi, le contrôle opéré par les juridictions compétentes présente lui aussi des spécificités directement induites par la teneur européenne de la norme pénale.

§ 2 : Le contrôle de la loi pénale

La résurgence de l'origine de la loi pénale - L'incidence originale de l'incrimination issue d'une directive s'exprime notamment par le fait qu'elle ne semble jamais s'éloigner de sa double source interne et communautaire. Cette forme de co-législation révélée par la transposition conduit à devoir identifier la part d'origine communautaire et la part d'origine interne notamment à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité⁴⁹.

La question de l'origine communautaire cachée d'une disposition légale pour le Conseil constitutionnel - Incongru de prime abord, le rôle que joue le Conseil constitutionnel est celui d'un trublion dans les rapports, si ce n'est dialogiques⁵⁰ du moins circulaires⁵¹, entre les juridictions. En effet, la question peut se poser de savoir si le contrôle de constitutionnalité concerne bien une disposition légale et non un texte communautaire. Il se peut, comme

48 - Le code de la consommation, recodifié en application de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, prévoit d'ailleurs un Titre II exclusivement consacré à la sanction du non-respect de comportements prévus dans le Titre I.

49 - La question se pose aussi pour la Cour de cassation dans le cadre de son contrôle de légalité, pour savoir si une disposition du code pénal ne relève pas (en quelque sorte implicitement) d'une directive communautaire. Par exemple, en matière de réquisition de données personnelles, la Cour de cassation peut refuser de transmettre une question préjudicielle lorsqu'elle estime « Qu'en effet, l'article 77-1-1 du code de procédure pénale ne saurait être regardé comme une mesure de transposition de l'article 15 § 1 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, ni même comme relevant du champ du droit communautaire », cass. crim., 8 juillet 2015 n° 15-81.731, bull. crim. n° 174.

50 - S. Guinchard et al., *Droit processuel*, Dalloz, coll. précis, 8^e éd., 2015, n° 546.

51 - B. Aubert, Cour de justice de l'Union européenne et juridiction internes, *in* Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p. 287.

ce fut le cas dans la décision rendue le 4 avril 2013, que le Conseil ne sache pas d'où provient le texte dont la constitutionnalité est contestée au sein d'une question prioritaire de constitutionnalité. Or, lorsque cette origine - légale ou communautaire - conditionne sa compétence, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à poser lui-même une question préjudicielle à la CJUE au moyen de la procédure d'urgence. En l'espèce, la question se posait de la constitutionnalité de l'absence de recours dans un aspect de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, dont le dispositif est issu de la décision-cadre 2002/582/JAI du 13 juin 2002. Le Conseil s'est demandé *ab initio* quelle était l'origine du texte contesté, afin de se prononcer sur sa compétence. Deux hypothèses sont alors envisageables.

Soit le texte est la transposition directe de la décision-cadre, dans ce cas le législateur interne n'a, en quelque sorte, pas posé sa patte sur le texte, et le Conseil estime qu'il n'est pas compétent pour contrôler une disposition dont la substance est totalement communautaire.

Soit le texte est le fruit de la transposition de la décision-cadre, par laquelle le législateur interne a exercé un pourvoi d'appréciation et dans ce cas, la source légale nationale apparaît et confère compétence au Conseil constitutionnel.

Quel est l'intérêt de cette décision ? - Outre la particularité de la matière du mandat d'arrêt européen⁵², s'exprime ici un aspect atypique de la légalité : la transposition d'un texte européen peut ne pas conduire à une assimilation complète de sa substance par le droit interne, brouillant les origines communautaires du texte.

À travers l'initiative du Conseil constitutionnel, transparaît une loi pénale dont les qualités sont révélées à chaque instant de son application : elle revêt un aspect communautaire et un aspect national qui survivent distinctement au sein de la loi pénale nationale. Les origines internes ou communautaires de la disposition semblent en dormance, et ne réapparaissent que lorsqu'un contrôle du texte l'impose.

Certes, il pourra être opposé que l'exemple cité concerne un mécanisme de reconnaissance mutuelle qui relève davantage de la procédure que des aspects substantiels du droit pénal. Toutefois comment cantonner une telle hypothèse à la forme, alors que pour

52 - Lequel fait l'objet de dispositions légales (art. 695-11 et s. du code de procédure pénale) et d'une disposition constitutionnelle (art. 88-2 de la Constitution : « La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne »).

ce qui est du contenu de l'incrimination, des renvois implicites et explicites sont opérés vers le droit communautaire ?

De la résurgence de l'origine de la loi à la vivacité du contrôle de la Cour de cassation - A côté de la source de la loi pénale issue d'une transposition, il faut examiner comment cette réception du droit de l'Union est appréciée par les juridictions internes. Lorsque le contrôle de la qualité de la loi pénale incombe à la Cour de cassation, apparaît un risque d'ambivalence. De prime abord, on pourrait conclure à une certaine réticence voire à un désintérêt flagrant de la chambre criminelle pour la norme pénale communautaire : les chiffres sont éloquentes en ce que, depuis 1957, le nombre des questions préjudicielles renvoyées à la CJCE ou la CJUE peuvent quasiment se compter sur les doigts d'une main⁵³.

En réalité, c'est parce que la chambre criminelle se saisit de la question communautaire de manière tenace qu'elle procède à si peu de renvois. En ce sens, le volontarisme de la chambre criminelle n'est pas à démontrer. Il faut toutefois modérer l'élan d'enthousiasme que l'on pourrait ressentir. La difficulté à saisir la teneur du contrôle du principe de légalité de la norme transposée par la chambre criminelle réside dans une ambiguïté. En effet, d'un côté, la Cour de cassation peut apparaître comme un rempart à la désagrégation de la légalité criminelle, mais d'un autre côté, certaines de ses positions conduisent paradoxalement à mettre en danger cette légalité.

Le contrôle vigilant de la Cour de cassation de l'absence de pouvoir d'incrimination d'une directive - La diligence de la chambre criminelle s'exprime sur deux points : d'abord, sur le principe de la réception du droit de l'Union européenne⁵⁴ mais

53 - L. Boré, La chambre criminelle et le droit de l'Union : si loin, si proche, in *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2013, p. 93. L'on peut toutefois nuancer ce constat qui semble connaître une inflexion relative, notamment en raison de l'introduction, en 2008, d'une procédure d'urgence lorsqu'une juridiction nationale saisit la CJUE d'une question préjudicielle.

54 - Ainsi, la chambre criminelle veille à ne pas laisser s'épanouir les éventuelles réticences des juges du fond. Par exemple, la Cour de cassation exige que l'exception d'illégalité d'une disposition interne à une directive soit examinée, cass. crim. 17 décembre 2014, bull. crim. n° 279. Dans le même sens, lorsque la Cour reçoit une demande d'exécution d'une décision de confiscation prononcée par une juridiction d'un autre Etat membre et que cette exécution est conditionnée par la transposition par le pays d'émission d'une directive communautaire, la chambre criminelle ira vérifier si l'Etat membre demandeur a bien transposé la directive, cass. crim. 28 mai 2015, bull. crim. n° 132.

ensuite, et surtout, au regard de la qualité de la norme pénale. C'est sur ce dernier point que notre attention se portera.

L'arrêt du 3 février 2016 énoncé précédemment pour souligner l'absence d'effet direct de la directive, mérite d'être étudié de près afin de démontrer l'impérieuse nécessité de la vigilance de la Cour de cassation. L'affaire concernait des pharmaciens qui avaient vendu de l'alcool pur, en s'abstenant d'acquitter les droits et taxes sur les dits alcools. Ils revendiquaient à ce titre l'application d'une loi de finance qui exonérait d'impôt l'alcool pur acquis par les pharmaciens d'officine. La Cour d'appel refuse de retenir la loi de finance au profit de l'application d'une directive du 19 octobre 1992 transposée en droit interne pour venir fonder la condamnation des prévenus. Le texte communautaire directement invoqué par les juges du fond prévoit une liste limitative et précise des causes d'exonération du paiement des impôts sur les alcools. Or, pour les juges du fond, la disposition nationale insérée dans la loi de finance et fondant l'exonération ne concordait pas avec la liste de causes d'exonération prévues par la directive. Par conséquent, la loi de finance devait être écartée afin d'entrer en voie de condamnation sur le fondement du texte communautaire.

La chambre criminelle, au visa de l'article 288 du TFUE, casse et annule la décision au motif que les directives ne peuvent produire un effet direct à l'encontre des particuliers. Autrement dit, on ne pouvait pas désactiver une réglementation nationale qui aurait conduit à la relaxe des prévenus pour fonder une condamnation pénale sur une directive précise. La Cour de cassation, et c'est heureux, censure l'effet incriminateur implicite d'une directive, et refuse que, pour prononcer une déclaration de culpabilité, l'on puisse abstraitement renvoyer à n'importe quel texte communautaire trouvant à s'appliquer. Vu sous cet angle, la chambre criminelle exerce un contrôle vigilant du principe de légalité. Toutefois, dès que le renvoi à un texte européen est explicite⁵⁵, la Cour n'y voit rien à redire⁵⁶. Cela s'explique par le fait que la chambre criminelle n'a pas une conception abstraite de la qualité de la loi pénale : son

55 - Cass. crim. 27 octobre 2015, n° 14-87.259, bull. crim. n° 234.

56 - Alors même que l'argument de l'erreur de droit soulevé par certains requérants ne serait pas incongru si l'on revenait sur le sens premier de l'erreur, en reprenant une lecture stricte et non pas restrictive de l'article 122-3 du code pénal qui prévoit que « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».

appréciation est suffisamment souple pour obliger le juge mais aussi le justiciable à un certain nombre de pirouettes pour avoir accès à la règle posant l'interdit⁵⁷. En somme, la position de la Cour de cassation sur le respect de la légalité criminelle ne diffère pas de celle prise pour une question purement interne : il en ressort simplement que la difficulté redouble car il n'y a plus seulement une, mais deux sources pénales à décrypter.

Mais à rendre trop malléable l'appréciation du principe de légalité, celui-ci peut alors se retrouver véritablement atteint.

Le contrôle déroutant de la Cour de cassation : l'obstruction du contrôle de légalité - La mise en danger du principe de légalité se traduit par les risques de faire disparaître la loi préexistante ou de lui faire perdre clarté, accessibilité et prévisibilité.

Ce risque peut par exemple se réaliser lorsque la chambre criminelle exerce son rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité. A cette occasion, l'appréciation de la chambre criminelle semble parfois se rapprocher d'une sorte d'obstruction au contrôle de la légalité d'une norme pénale, lorsque cette norme est issue de la transposition d'une directive.

Une illustration, en droit pénal de la consommation, réside dans l'interprétation de la notion de contretemps dans la diffusion d'information trompeuse⁵⁸. En effet, une pratique commerciale peut être trompeuse en cas d'omission ou de dissimulation d'une information substantielle, mais également lorsque cette information est délivrée à contretemps au regard du moment de la conclusion du contrat⁵⁹. La Cour de cassation est saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité et dans un arrêt en date du 30 novembre 2010⁶⁰, refuse de renvoyer la question au Conseil constitutionnel en précisant

57 - Et à se rapprocher alors d'une conception concrète de la légalité pénale, V. *supra*, note de bas de page n° 45.

58 - Pour un examen détaillé de la notion, M.-P. Lucas de Leyssac, Le droit pénal de la consommation, *in* Les incidences constitutionnelles et européennes sur la matière pénale, Revue Lamy droit des affaires, 2011, supplément au n° 63, p. 35.

59 - L'agissement est prévu à l'article L. 121-3 du code de la consommation, « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ». Il s'agit de l'ancien article L. 121-1, II du code de la consommation.

60 - Cass. crim. 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-90.076, Dt. pénal 2011, comm. n° 24.

clairement que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la notion de contretemps, déjà dégagée par la jurisprudence en droit interne, est une notion claire, transposée de l'article 7.2 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ».

À la lecture de cet attendu, le principe de légalité est altéré car le raisonnement est renversé : la transposition viendrait assurer une sorte de brevet de légalité à la disposition. Alors que le Conseil constitutionnel opère un contrôle minutieux et précis de la légalité pénale au sens de l'article 8 de la DDHC⁶¹, cette porte est définitivement fermée.

Le contrôle déroutant de la Cour de cassation : le déni du contrôle de légalité - De la même manière, la Cour de cassation peut refuser de soustraire un texte d'incrimination au principe de légalité en opposant la technicité de la matière : le fond viendrait justifier les difficultés de forme.

Un exemple récent en droit de l'environnement vient illustrer cette approche. L'espèce concernait la valorisation de déchets classifiés dangereux. Il était reproché aux prévenus de ne pas avoir averti les autorités nationales de cette dangerosité alors que leur autorisation était nécessaire pour le transfert de ces déchets de la France vers la Belgique. La Cour de cassation, vient, dans un arrêt du 22 mars 2016⁶², censurer la décision des juges du fond qui avaient relaxé les prévenus en raison du manque d'intelligibilité du texte⁶³. La chambre criminelle justifie la cassation au motif que la disposition du code de l'environnement renvoie à un règlement communautaire directement applicable et que « le caractère technique est inhérent

61 - La création d'un contrôle *a posteriori* a conduit le Conseil constitutionnel à « modeler » le principe de légalité, B. de Lamy, Le modelage du principe de la légalité pénale par le Conseil constitutionnel, RSC 2013, p. 912.

62 - Cass. crim. 22 mars 2016, publié, pourvoi n° 15-80.944.

63 - Et repris en ces termes par la Cour de cassation : « l'arrêt relève que l'article L. 541-40 I du code de l'environnement renvoie au contenu entier du règlement n° 1013/2006, que ce n'est qu'après lecture de ses dispositions qu'il convient d'en retenir l'article 3 comme étant applicable à la matière pour constater que ce texte procède lui-même, dans un langage extrêmement technique, à de nombreux renvois, le tout rendant la réglementation applicable difficilement intelligible ; que les juges ajoutent que ces textes, procédant par renvois multiples qui se croisent et se chevauchent, au point de constituer un dédale obscur ne mettent pas le justiciable en mesure de connaître exactement les faits qui lui sont reprochés et ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté et de précision d'un texte d'incrimination ».

à son objet⁶⁴ ». Le rempart qu'aurait pu constituer le contrôle de légalité de la Cour de cassation se trouve fragilisé par une brèche importante. Non seulement la seule transposition d'une directive confère une qualité certaine au texte pénal interne, mais les spécificités techniques des matières concernées tendent à relativiser l'exigence de précision⁶⁵.

Finalement, la rédaction de l'incrimination d'origine européenne emprunte les raccourcis classiques du renvoi et de l'omission. Toutefois, cette co-production législative, la résurgence de cette double origine ainsi que le contrôle qu'opèrent la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel révèlent une conception singulière du principe de légalité criminelle.

Formellement, les techniques d'incrimination ne ressortent pas grandies de la transposition et le principe de légalité est remodelé par le contrôle juridictionnel de la qualité de la loi. Face à ce constat, il faut bien observer maintenant que l'assimilation du droit pénal de l'Union par le droit interne a des incidences variables sur le fond du droit pénal. Substantiellement, les objectifs recherchés par l'harmonisation sont difficiles à atteindre.

Section II - Les incidences substantielles du droit de l'Union européenne sur les techniques d'incrimination

Les palettes d'incriminations - Transposer une norme pénale européenne peut aboutir à la mise en œuvre de deux types de transposition : soit une harmonisation autonome en modifiant des dispositions du code pénal qui, en toile de fond, protègent des valeurs essentielles (article 83 § 1 TFUE) ; soit une harmonisation accessoire en modifiant par pointillisme des dispositions hors code pénal relatives à des objectifs communautaires dont la réalisation est une préoccupation majeure de l'Union (article 83 § 2 TFUE). Les incidences sont palpables lorsqu'on examine la structure de l'incrimination (§ 1). Toutefois, cette seule vision textuelle constituerait un tableau incomplet si l'on ne portait pas un regard plus englobant sur les

64 - La chambre criminelle précise dans son attendu de principe « que l'article L. 541-40 du code de l'environnement renvoie, pour son application, à un règlement communautaire directement applicable dont le caractère technique est inhérent à son objet, et qui détermine de façon claire et précise, en fonction du type de déchet, les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie ».

65 - W. Jeandidier, J.-Cl. Pénal Code, Art. 111-2 à 111-5, Fasc. 10, Principe de légalité, n° 17.

incidences de la transposition non seulement sur la responsabilité pénale mais également sur la peine encourue (§ 2).

§ 1 : Les incidences relatives à la structure de l'incrimination

La réception d'un caractère commun européen par les droits pénaux des Etats membres - Au regard de la structure même de l'infraction, la transposition d'une directive ou d'une décision-cadre consiste à inscrire des notions communautaires dans le prisme étroit et irrégulier de la théorie de l'infraction, au sens du droit interne. Or, en préalable, l'opération rencontre une première difficulté de taille : l'harmonisation doit se faire sur la base d'un *minimum*⁶⁶. Autrement dit, il ne s'agit que de mettre en œuvre le plus petit caractère commun de la répression et les Etats membres restent libres d'aller plus loin. Cette logique *infra petita* fait perdre à l'action une grande partie de sa portée⁶⁷.

Néanmoins, l'incidence de la transposition de ces caractères communs sur la manière de rédiger le comportement interdit est visible.

Les différentes intentions : l'exemple de la notion de négligence grave - L'on pourrait penser que lorsque la transposition se fait au moyen de l'omission ou du renvoi, cela fait référence à un comportement décrit de manière assez rudimentaire : les incriminations par omission se contentent généralement d'une intention recroquevillée sur la matérialité. Seul est pris en compte le constat de l'inexécution d'où l'on déduit que son auteur ne pouvait ignorer l'obligation non-respectée.

Toutefois, il se peut que la différence entre le texte européen et l'état du droit interne conduise à utiliser des mécanismes plus aboutis au regard de la structure de l'incrimination. Un exemple peut être pris avec la notion de « négligence grave ». Plusieurs textes européens en droit de l'environnement recourent à cet aspect de l'intention qui semble difficilement cadrer avec les gradations de la faute pénale telles qu'elles sont envisagées par le code pénal.

66 - Sur ces limites, D. Flore, Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE, *Revue de l'Union européenne* 2014, p. 559.

67 - D. Rebut, Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne, *in Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 99 : « la limitation de la compétence pénale de l'Union à "des règles minimales" apparaît de peu de portée au regard de l'action qu'elle met en œuvre dans ce domaine ».

Les différences dans l'intention en droit interne-Généralement, en droit interne on distingue avec une intensité décroissante d'abord l'intention⁶⁸, puis la volonté⁶⁹, ensuite l'imprudence⁷⁰ pour enfin se tourner vers la faute contraventionnelle⁷¹. Au sein de l'imprudence, l'article 121-3 du code pénal consacre une subtilité confinant à l'amphigouri en opérant des distinctions selon la teneur du lien de causalité. Si l'on ne garde de cette subtilité que l'hypothèse de la causalité directe, l'élément moral est établi « en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

Les différences dans l'intention en droit communautaire - Ce canevas de la faute pénale peut ne pas correspondre exactement avec la négligence entendue au sens communautaire et que l'on pourrait insérer dans un degré intermédiaire entre l'imprudence et la volonté.

C'est du moins ce que laissent penser les adjectifs souvent accolés à la condition de la négligence : il se peut en effet que la négligence soit manifeste, « grave⁷² » ou encore « au moins grave⁷³ ». Cet emplacement entre deux est aussi suggéré par l'interprétation qu'en a eu la CJUE dans l'arrêt Intertanko⁷⁴, relatif à la responsabilité pénale du fait des rejets illicites par les navires, et définissant la négligence grave comme 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 respecter⁷⁵ ». A cette

68 - Il s'agit d'une volonté dirigée vers un but, un résultat précis ; l'élément psychologique est alors très abouti et sa caractérisation est exigée, resserrant d'autant le champ de la répression.

69 - C'est le fait de vouloir un comportement mais cette fois avec une volonté dirigée vers un acte : il n'y a pas cette intensité spécifique de l'intention orientée vers un but.

70 - C'est le degré inférieur au regard de la volonté : on commet un comportement ou on omet de remplir, d'exécuter une obligation, et il se trouve que cet agissement est constitutif d'une infraction.

71 - C'est une faute matérielle, elle serait dénuée d'élément psychologique : seule la matérialité de l'agissement compte, et seule la force majeure est une cause d'exonération.

72 - Directive 2005/35/CE du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions.

73 - Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

74 - CJUE, 3 juin 2008, Intertanko, C-308-06.

75 - CJUE, 3 juin 2008, Intertanko, C-308-06, point 77.

occasion, l'avocat général Kokott avait souligné une autre difficulté : si la directive en jeu concernait la « négligence grave », la question se posait de la compatibilité de cette forme de faute avec la « témérité » exigée par la convention internationale dite Marpol : l'action téméraire serait vue comme une négligence grave mais impliquant en sus d'avoir la conscience de la probabilité d'un dommage⁷⁶. La question est alors de savoir où placer ces fines variations de la faute au sens du droit interne⁷⁷.

Les difficultés d'intégration des distinctions communautaires dans l'incrimination de droit interne - Le législateur communautaire saisit de manière très sophistiquée les différents degrés de l'imprudence, à tel point que la notion de négligence grave ou celle de témérité semblent constituer un degré médian cantonné au domaine du droit de l'environnement⁷⁸. Mais l'influence sur la construction de l'incrimination en droit interne ne pourra être que très limitée.

Au mieux, la notion est insérée telle quelle, brouillant les pistes en créant un degré intermédiaire et spécial de la teneur de la faute pénale ; au pire, la notion est implicitement assimilée aux notions existantes, réduisant d'autant l'efficacité du travail d'harmonisation⁷⁹. Il y a en réalité une incapacité structurelle du droit de l'Union à énoncer des principes généraux et communs qui pourraient être insérés au sein de la théorie de l'infraction et c'est tout à fait logique au regard de deux explications.

76 - V. les conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Intertanko, C-308/06 du 20 novembre 2007, points n° 3 et n° 145 et s. La question était alors d'envisager la compatibilité entre la négligence grave et la témérité, entre un texte communautaire et une convention internationale.

77 - Alors qu'elle serait vue comme une « négligence grave délibérée » en droit allemand selon l'avocat général Kokott qui en conclut que « l'action téméraire en connaissance du fait qu'un dommage en résulterait probablement, comme l'exige Marpol 73/78, est considérée dans de nombreux ordres juridiques comme une forme de négligence grave », conclusions de l'avocat général Kokott, affaire Intertanko, C-308/06 du 20 novembre 2007, point 109.

78 - On retrouve l'expression au sein de la directive 2009/123/CE 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, aux articles 4 et 5 bis.

79 - Ce qui a été le cas avec la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et l'article L.218-19 du code de l'environnement réprimant « le fait, pour tout capitaine ou responsable à bord d'un navire ou de l'exploitation d'une plate-forme, de provoquer un rejet de substance polluante par imprudence, négligence ou inobservation des lois et règlements ».

La première explication réside dans la nature même de la méthode appliquée qui est celle du plus petit caractère commun : sur cette base, on ne peut que se contenter d'une assimilation approximative, forcément déformante et spécialisée au domaine concerné.

La deuxième explication est sans doute enracinée dans l'indivisibilité du droit pénal : l'infraction a un lien de causalité indéfectible avec la peine⁸⁰, et - à la différence des autres branches du droit qui peuvent se réaliser sans procès - le droit pénal ne se réalise qu'à travers la procédure⁸¹. Or, l'Union européenne a le pouvoir de criminaliser des comportements, sans pour autant pouvoir les réprimer.

Si l'on garde présente à l'esprit l'indivisibilité de l'ensemble auquel appartient la loi pénale, il faut aborder en dernier lieu la responsabilité pénale et la peine pour appréhender les autres aspects des effets substantiels de la transposition du droit de l'UE.

§ 2 : Les incidences relatives à la responsabilité pénale et à la peine

Les incidences sur la responsabilité pénale - L'un des écueils de l'harmonisation des droits pénaux des Etats membres est le risque de conséquences fragmentées sur la responsabilité pénale. Si la démarche normative du législateur européen est justifiée par la protection d'intérêts qui le concernent directement (terrorisme, fraude, probité des agents publics), les instruments juridiques permettant d'engager la responsabilité pénale ne sont pas illimités. Devant cette apparente simplicité, il y a pourtant un obstacle difficile à surmonter. Il demeure quasiment impossible de retenir une acception unique pour chacun de ces instruments : par exemple, la responsabilité pénale des personnes morales ne peut pas faire l'objet d'une notion unitaire européenne, compte tenu des différentes conceptions qu'en ont les Etats membres. La réception d'un instrument tel qu'entendu par le droit de l'Union se heurte au pluralisme des Etats membres. En effet, il ne s'agit pas d'opérer la simple transposition d'un mécanisme juridique au sein du droit pénal interne, mais de réussir son intégration au sein d'un système

80 - J. Carbonnier, La peine décrochée du délit, *Mélanges offerts à Robert Legros*, Université de Bruxelles, 1985, p. 23.

81 - C. Sotis, 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.

juridique, d'une construction élaborée. L'illustration de la criminalité organisée permet de mesurer la complexité de la tâche⁸², de voir comment la transposition d'une notion peut en réalité concerner de nombreux aspects de la responsabilité pénale.

La criminalité organisée du droit interne - En droit français, la criminalité organisée n'est pas une infraction, ce sont différentes manières de commettre une infraction. Il s'agit pêle-mêle de la bande organisée⁸³, de l'association de malfaiteurs⁸⁴, ou bien d'infractions qui contiennent, intrinsèquement, une organisation : le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, le délit de non-justification de ressources, etc. Il y a un éclatement visible des formes organisées de délinquances et aucune définition unitaire ne s'en dégage. Ces différentes manières de commettre l'infraction conduisent à une répression particulière car elles sont regroupées au sein du code de procédure pénale dans un titre relatif à la criminalité et la délinquance organisée⁸⁵. Il y a donc des formes de commission d'infraction à plusieurs, et - sans concordance systématique - des formes de répression de la délinquance organisée relevant du droit commun ou de dispositions particulières.

La criminalité organisée de l'Union européenne - Au sein de l'Union, la criminalité organisée est un enjeu visible et

82 - Mais l'exemple de la tentative pourrait également être utilisé : classiquement considérée en droit interne comme faisant encourir la même peine que si l'infraction avait été complètement réalisée, certaines directives européennes prévoient qu'il peut y avoir un niveau de sanction moindre, spécifique à la tentative comme c'est le cas en matière de trafic de drogues. Or l'insertion d'une telle gradation de la responsabilité pénale dans le code pénal obligerait à revoir la conception de la tentative, D. Flore, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2^e éd., 2014, n° 464.

83 - C. Pén. art. 132-71 : « Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ». La bande organisée a été précisée, cass. crim. 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-88.329, AJ Pénal 2016, p. 141. L'attendu de la Cour est clair : « la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres ».

84 - C. Pén. art. 450-1 : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. ».

85 - C. proc. pén. art. 706-73 à 706-104, ces dispositions ont été créées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

naturellement relié à la corruption, au blanchiment, au trafic de stupéfiants mais aussi à l'extorsion, au racket, à l'usure, ou à la traite des êtres humains. Formellement, la décision-cadre du 24 octobre 2008 prévoit une incrimination alternative afin d'appréhender la criminalité organisée, et la plus proche de notre état du droit est la suivante⁸⁶ : « 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 ».

Le problème est alors la précision dans sa formulation du texte européen. D'abord, il y a une concurrence directe avec la complicité. Ensuite, il s'agit d'une incrimination à tiroirs - au vu des exemples de matérialité fournis - et à l'élément intentionnel redondant. Si cela traduit sans doute l'aboutissement d'un consensus, il en résulte un manque de lisibilité.

Or, intégrer un tel comportement au sein du droit interne obligerait à réécrire l'association de malfaiteurs en réduisant sa portée. Retrailler le texte dans le prisme plus étroit du droit communautaire non seulement ne serait pas opportun, compte tenu de l'intérêt répressif de l'association de malfaiteurs, mais ne s'avère pas nécessaire, puisqu'il s'agirait en toute hypothèse seulement d'un *minimum*, qui n'empêcherait pas l'Etat membre d'appréhender plus largement la criminalité organisée.

L'efficacité de la transposition en question - La résolution du Parlement européen du 25 octobre 2011 sur la criminalité organisée dans l'Union européenne montre que les instances européennes ne sont pas dogmatiques en matière pénale. En effet, le Parlement admet « l'impact extrêmement limité sur les systèmes législatifs des États membres de la décision-cadre 2008/841/JAI sur la criminalité organisée, laquelle n'a pas apporté d'améliorations significatives

86 - L'autre alternative, floue et élastique consiste en : « 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 1^{er}, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité ».

aux législations nationales ni à la coopération opérationnelle visant à lutter contre la criminalité organisée⁸⁷ ».

Il en est de même en matière de blanchiment. C'est un agissement qui se décline sous de nombreuses formes : le financement du terrorisme⁸⁸, le trafic de stupéfiants⁸⁹, la protection des intérêts financiers de l'Union européenne et la lutte contre la fraude⁹⁰. La diversité des objectifs de l'Union assignés au blanchiment illustre une approche en confettis d'un phénomène complexe à saisir, mais cela ne semble pas pour autant affecter la conception que s'en fait le droit interne : le blanchiment relève de la même définition dans le code pénal depuis la loi n°96-392 du 13 mai 1996.

Par conséquent, l'incidence de la transposition des textes européens semble neutralisée au niveau de la responsabilité pénale : l'intégration minutieuse de ces mécanismes devrait se faire au prix d'un bouleversement de la conception française de la manière d'imputer un comportement à son auteur.

Des difficultés analogues apparaissent au regard de la peine encourue.

L'injonction de recourir à une sanction pénale - À côté de la responsabilité, le constat sera identique au regard de la sanction pénale. L'édition d'une sanction pénale se fait également selon la

87 - Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2011 sur la criminalité organisée dans l'UE 2010/2309 (INI). Le Parlement avance ainsi une « proposition de directive qui contienne une définition de la criminalité organisée plus concrète et qui cerne mieux les caractéristiques essentielles du phénomène, en s'attachant tout particulièrement au concept clé d'organisation et en tenant également mieux compte des nouveaux types de criminalité organisée ».

88 - La dernière en date étant la directive (UE) 2015/849 du Parlement 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.

89 - Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

90 - Ainsi, la Commission, dans sa proposition de directive dite « PIF » le précise : « la présente proposition ne doit pas seulement couvrir la fraude au sens strict du terme, mais aussi d'autres formes d'agissements illégaux liées à la fraude qui peuvent nuire au budget de l'UE, notamment la corruption, le blanchiment de capitaux et l'entrave aux procédures de passation de marchés publics. L'élément déterminant est l'existence d'un profit réalisé au détriment du budget de l'UE et donc aux dépens des contribuables. », Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM (2012) 263, présentée le 11 juillet 2012.

règle de l'*ultima ratio*, c'est-à-dire que le droit de l'Union intègre une forme de nécessité de la peine⁹¹.

L'harmonisation peu contraignante de la sanction pénale -

D'un point de vue quantitatif, le législateur européen oblige les Etats membres à sanctionner pénalement un comportement d'une peine d'emprisonnement « au moins égale » à un seuil. Le seuil *maximum* encouru devient le *minimum* que les Etats membres doivent atteindre. La technique de l'harmonisation conduit, une nouvelle fois, à un consensus, mais il ne constitue qu'un point de départ que les Etats sont libres de dépasser⁹². Concrètement, ce sont des instruments normatifs plus larges qui viennent lisser les disparités les plus importantes, facilitant par là même la reconnaissance mutuelle⁹³.

Le recours théorique à une sanction effective, proportionnée et dissuasive - D'un point de vue qualitatif, l'expression est récurrente⁹⁴ : les comportements incriminés doivent être passibles de « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».

De prime abord, deux de ces trois impératifs sont difficiles à cerner : les caractères effectif et dissuasif sont des buts, des objectifs qui, en eux-mêmes, sont rétifs à tout critère précis et difficiles à contrôler. *A priori*, cela reviendrait à établir une ligne de conduite que le législateur devrait garder à l'esprit au moment de fulminer la peine. Il convient cependant nuancer le propos car les qualités d'une sanction effective et dissuasive ne sont pas réductibles à de vaines exigences, notamment lorsque l'obligation de recourir à de telles sanctions pénales a conduit à imposer un arsenal répressif considéré comme particulièrement sévère notamment en matière d'harmonisation accessoire : cette obligation contraint alors le

91 - L'article 83 du TFUE prévoit que l'harmonisation pénale accessoire des droits des Etats membres se fait selon le critère de l'indispensabilité, extensible à la peine, C. Sotis, 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.

92 - Or, à notre connaissance, aucune directive de l'Union européenne n'a conduit le législateur français à relever les seuils des peines encourues, le droit français se situant toujours au-dessus de ce *minimum* européen.

93 - Par exemple, l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « Nul ne peut être condamné à la peine de mort ».

94 - Elle trouve son origine dans une décision de la Cour de justice, CJCE, 21 Septembre 1989, Commission c. Grèce, 28/89, pt. n° 24, dite affaire des « maïs grecs ».

législateur à revoir la délimitation de son champ pénal⁹⁵.

C'est le caractère proportionné qui interroge davantage car il ne s'agit pas d'un objectif, mais d'un instrument, d'un moyen technique⁹⁶, d'une balance entre la gravité de l'infraction et le *quantum* de la peine, qui traduit nécessairement un rapport entre deux intérêts. Or, si la question de la proportionnalité - que nous ne prétendons pas traiter ici en quelques lignes - se pose avec autant d'acuité en droit interne et en droit européen, cela est largement dû au fait que les intérêts en jeu sont mouvants et variables et surtout différent selon les ordres juridiques concernés.

La difficulté est visible d'emblée : proposer un seuil *minimum* des *maxima* de peines encourues ne permet qu'une harmonisation hypothétique des systèmes de peines caractérisés par leurs grandes disparités et qu'un contrôle incertain de la part de la Cour de justice sur la proportionnalité des sanctions pénales. Dès lors de deux choses l'une, soit la Cour de justice choisit d'adopter l'approche autonome de la notion de proportionnalité déterminée par le Cour européenne des droits de l'homme, à l'instar de la reprise de la notion de « matière pénale » forgée par la CEDH ; soit la Cour de justice se contente de jouer le rôle de régulateur contre les « excès manifestes de la pénalisation⁹⁷ ».

En toute hypothèse, les difficultés constatées pour insérer un instrument communautaire au sein de la théorie de l'infraction et des règles de responsabilité pénale, se reportent lors de la détermination de la peine.

Conclusion - Au regard de ces développements, si les incidences techniques du droit de l'Union sur la forme et sur le fond des incriminations sont variables, la logique à l'œuvre suscite un questionnement : est-ce que le rapprochement des droits pénaux des Etats membres sert les objectifs que l'Union européenne s'est fixée ? D'une part, le cadre institutionnel interroge : il faut procéder de manière résiduelle, c'est-à-dire en ultime recours, mais également *a minima*, ce qui réduit *ab initio* l'effort de rapprochement, dans une

95 - L'empreinte pénale communautaire est ainsi très visible en matière de droit pénal de la consommation, de l'environnement, des transports, de la pêche.

96 - F. Terré, La proportionnalité comme principe, JCP G 2009, 31.

97 - P. Beauvais, Discussion, in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges), vol. n° 28, Société de législation comparée, 2012, p. 79 et s. p. 84.

conception du droit pénal envisagée de façon instrumentale⁹⁸.

D'autre part, la réalisation de cette harmonisation est susceptible de se trouver court-circuitée par des instruments plus opérationnels lorsqu'il s'agit de faire valoir la confiance et la reconnaissance mutuelles : c'est le cas du mandat d'arrêt européen. Versant judiciaire et simplifié de l'extradition, le mandat d'arrêt européen fonctionne avec une liste de catégories d'infractions, sortes de containers regroupant plusieurs types d'infractions. Un raccourci procédural permet l'économie du rapprochement des droits pénaux des Etats membres. La logique de l'harmonisation des incriminations est alors écartée⁹⁹. Mais c'est aussi l'intérêt que présente le droit de l'Union européenne : cet espace pénal privilégié peut concrètement et immédiatement prendre forme au moyen de mécanismes tels que le mandat d'arrêt européen. Le travail de rapprochement des droits pénaux nationaux s'inscrirait alors dans un second temps pour conduire *in fine* vers un droit pénal commun. Mais avant d'aboutir à cette finesse pénale, il paraît parfois plus efficace de se contenter d'instruments certes un peu plus grossiers et largement imparfaits, mais plus maniables.

Finalement, le rapprochement des droits pénaux nationaux est en quelque sorte la base grammaticale d'une langue commune qui serait celle d'un droit pénal européen commun aux Etats membres. Mais avant d'arriver à s'exprimer parfaitement dans cette langue commune, partager ne serait-ce que quelques mots de vocabulaire (comme avec le mandat d'arrêt européen), même si c'est une « novlangue », est peut-être le premier pas pour gagner cette confiance mutuelle et construire un espace de justice en Europe.

98 - D. Flore, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2^e éd., 2014, n° 482.

99 - C. Haguenu-Moizard et al., *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2015, n° 63.

TRANSPPOSITION DES INCRIMINATIONS DU DROIT PENAL EUROPEEN EN DROIT BELGE

Daniel Flore

Professeur à l'Université de Liège

Directeur général au Service public fédéral belge de la Justice

Remarques préliminaires.

L'objet de la présente contribution est de faire l'état de la question en ce qui concerne la transposition des incriminations du droit pénal de l'Union européenne dans le droit des Etats membres, en prenant comme exemple leur transposition en droit belge.

Je procéderai en trois étapes : je présenterai d'abord brièvement le cadre général du rapprochement des droits pénaux matériels et les bases juridiques existant en droit européen pour y parvenir ; j'aborderai ensuite les différentes techniques de transposition, telles qu'elles résultent des obligations européennes et des pratiques des Etats membres ; j'illustrerai dans un troisième temps ces techniques à partir d'exemples tirés du droit belge.

Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, qu'il me soit permis de faire deux remarques préliminaires afin de bien cadrer l'exercice.

La première, qui est un appel à la modestie, est que le pénaliste doit toujours garder à l'esprit que l'intervention pénale concerne des réalités sociales, qui toujours préexistent au droit, le dépassent et lui résistent. L'approche technique doit se confronter à une vision éthique et morale des réalités couvertes et elle doit s'intégrer dans une vision globale de celles-ci, qui comprend aussi et peut-être surtout des mesures de prévention, générale et spéciale, et des mesures d'accompagnement à l'égard des personnes concernées, tant auteurs que victimes. Le pénal n'est pas tout et, bien au contraire, la réponse pénale, qui doit être la dernière (*ultima ratio*), doit nécessairement être précédée et accompagnée d'une réponse de caractère « social ». Cette nécessité est d'ailleurs perçue, au moins partiellement, par le législateur européen, qui a adopté à l'égard de plusieurs instruments récents une approche que la Commission européenne a ap-

pelée « holistique » et qui vise précisément à donner une réponse globale à des situations auxquelles nous sommes confrontés sur un plan sociétal¹.

La seconde remarque préliminaire renvoie à l'interpellation qui nous est faite dans le titre même de l'ouvrage qui réunit ces contributions - *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale interne : l'intégration d'un corps étranger* - . L'idée que le droit européen soit un corps étranger paraît étrange à mes yeux belges. Peut-être est-ce la proximité géographique entre la capitale de mon pays et le siège des institutions européennes qui biaise mon regard, quand au contraire le terme « Bruxelles » est dans le même temps utilisé pour symboliser un processus décisionnel bureaucratique européen éloigné des réalités nationales ? Pourtant cette perception relève d'un ressenti mais fait fi de la situation institutionnelle et juridique. Le droit européen fait partie intégrante du droit national des Etats, dont les juridictions nationales sont d'ailleurs les premiers juges, avant la Cour de Justice. Elle ignore aussi le projet européen qui est, dans le domaine qui nous occupe, le développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, espace commun qui s'affranchit des frontières au point de vouloir les abolir². La légitimité de l'intervention de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal est d'ailleurs inscrite dans les traités, qui ont été ratifiés par les Etats membres. Par ailleurs, le droit européen lui-même se construit à partir des droits nationaux des Etats membres, parce que ce sont eux qui négocient les normes européennes, que ce soit au sein du Conseil ou du Parlement européen. Le droit ainsi créé n'est donc pas totalement étranger aux systèmes juridiques des Etats membres, dont il fait au contraire une forme de synthèse.

Section I - Le cadre général du rapprochement des droits pénaux matériels

Deux formes de rapprochement sont envisagées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : la pre-

1 - V. les directives sur la traite des êtres humains et sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie.

2 - V. Y. Bot, Libre propos, Amiens, 1er avril 2016. La vidéo de l'allocution de M. l'Avocat général, ainsi que les interventions du colloque sont visibles sur le site du CEPRISCA.

mière concerne les domaines de criminalité particulièrement graves revêtant une dimension transfrontière (article 83.1 TFUE), tandis que la seconde vise l'intervention pénale qui est jugée 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 (article 83.2. TFUE). Il ne sera question dans la présente contribution que de la première forme de rapprochement, celle qui touche au noyau dur des incriminations pénales. Ce qui sera dit pourra s'appliquer également *mutatis mutandis* à l'autre forme de rapprochement.

Sur un plan général, il y a lieu de faire deux constats qui commandent la matière. La première est la reconnaissance de l'existence de relations croisées entre le droit européen et le droit international d'un côté et les droits nationaux de l'autre. La seconde est la configuration et les limites qui découlent de la base juridique fournie par le traité.

§ 1 : Relations croisées entre le droit européen, le droit international et les droits nationaux

Le droit pénal matériel européen n'est pas un domaine *sui generis* qui se créerait à partir de rien. Il est au contraire inséré dans des relations complexes et multiples avec le droit généré par d'autres systèmes juridiques, au rang desquels en premier lieu certaines organisations internationales. On peut ainsi dire que le droit pénal matériel européen est « modelé » par le droit international.

Nombre d'incriminations ont une source internationale directe et en constituent parfois la transposition littérale, qu'il s'agisse de conventions des Nations Unies (les quatorze conventions contre le terrorisme, celles sur la criminalité organisée (UNTOC), la traite des êtres humains, le trafic de migrants, le trafic de stupéfiants, la corruption (UNCAC)), du Conseil de l'Europe (les conventions sur le blanchiment, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants, ou le terrorisme), de l'OCDE (corruption) ou du GAFI (blanchiment, financement du terrorisme).

Dans le même temps, le droit pénal matériel européen est influencé par les droits nationaux. Il l'est d'une manière générale comme

je l'ai indiqué précédemment, dans la mesure où la norme européenne adoptée est le résultat de la négociation entre les Etats membres, en fonction de leur système juridique propre, et rend donc nécessairement compte de ces systèmes. Ceci était vrai de toute évidence avant Lisbonne où le Conseil légiférait seul, mais c'est toujours vrai depuis Lisbonne, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, même si c'est d'une façon complexe compte tenu du dialogue entre le Conseil et le Parlement européen, tous deux répondant à des contraintes nationales, mais de manière différente. Il faut enfin rappeler que le TFUE lui-même subordonne explicitement l'exercice de rapprochement au respect de la diversité des systèmes juridiques des Etats membres (article 67.1. TFUE), mettant ainsi les droits nationaux au cœur-même du système juridique européen.

Au-delà de cette influence générale, il faut noter que, de manière plus spécifique, c'est parfois une impulsion nationale qui est le moteur de l'élaboration des normes européennes nouvelles. Ainsi, il est incontestable que l'Italie a joué un rôle majeur, après les assassinats des juges Falcone et Borsellino, dans la mise à l'agenda international de la criminalité organisée, mais aussi dans l'adoption d'une définition de l'organisation criminelle et de l'incrimination d'une participation à une telle organisation. Ainsi également, la Belgique a été motrice dans l'action contre la traite des êtres humains et ensuite contre les abus à l'égard des enfants, à la suite de l'affaire Dutroux, et les normes adoptées en Belgique ont pu servir de cadre de référence pour l'adoption des premières normes européennes en la matière.

Au-delà de ces cas, il est clair que les droits nationaux sont également régulièrement source d'inspiration pour la Commission lorsqu'elle propose de nouveaux textes. Ainsi, la Commission et le législateur européen se sont-ils inspirés des droits français, espagnol ou anglais pour la définition du terrorisme.

À l'inverse de ce mouvement d'inspiration du droit européen par le droit international et les droits nationaux, le droit européen peut aussi servir de modèle pour le droit international. Des concepts développés par le droit de l'UE peuvent servir de modèle à l'élaboration de normes internationales correspondantes - il en est allé

ainsi notamment de la définition de l'organisation criminelle, de la traite des êtres humains ou de l'exploitation sexuelle des enfants.

Et, en fin de compte, on constate la circularité des influences, le droit européen – lui-même nourri par les droits nationaux des Etats membres – servant de base pour l'adoption de normes sur le plan de Nations Unies, lesquelles à leur tour vont constituer une référence pour le développement ultérieur du droit de l'Union.

Un seul exemple permettra d'illustrer l'ensemble de ces interactions, c'est celui de l'incrimination de la participation à une organisation criminelle. C'est l'Union européenne qui, la première, incrimine ce nouveau type de comportement, après avoir défini pour la première fois la notion d'« organisation criminelle »³, par une action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne⁴. La définition trouve sa première source d'inspiration dans le droit italien et la définition juridique de l'époque de la « mafia »⁵. C'est la raison pour laquelle on y trouve la référence au fait que les infractions en vue desquelles l'organisation criminelle est créée peuvent constituer « un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques » (article 1^{er}, alinéa 1^{er}). Néanmoins, compte tenu de l'approche plus généraliste d'autres Etats membres ne voulant pas s'éloigner de la notion d'« association de malfaiteurs » (parmi lesquels la France), cette caractérisation n'était que facultative.

3 - L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, nous dit qu'« on entend par « organisation criminelle » : l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soi ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques ».

4 - J.O.C.E. n° L 351 du 29 décembre 1998, pp. 1 à 3.

5 - Certains auteurs parlent à cet égard d'une « référence idéal-typique ». Voir M.L. Cesoni, Incriminer les « groupes délinquants » organisés : des objectifs décalés, in D. Bernard, Y. Cartuyvels, Ch. Guillaïn, D. Scalia, M. Van De Kerchove (coord.), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, Limal, 2013, p.152.

De la même manière, du côté de l'incrimination⁶, on ne peut qu'être étonné par le fait que, malgré le titre même de l'instrument, les Etats membres puissent s'acquitter de l'obligation d'incrimination sans toutefois incriminer la participation à l'organisation criminelle, ni même définir l'organisation criminelle dans leur droit, pour autant qu'ils incriminent « le comportement de toute personne consistant à avoir 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 1er, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité » (article 2.1.b)). L'action commune reconnaissait par-là les réticences du droit anglais et des droits nordiques à l'égard de la notion d'« organisation », dans le cadre de l'incrimination d'un comportement, et la préférence pour l'utilisation de la forme juridique de l'« entente » entre des personnes (la notion de *conspiracy* du droit anglais).

Ce dispositif a servi ensuite de base à celui adopté par l'organisation des Nations Unies, lorsque celle-ci a adopté la convention contre la criminalité transnationale organisée, le 12 décembre 2000 (convention de Palerme).

La définition de l'organisation criminelle contenue dans cette convention s'inspire étroitement de celle prévue par l'action commune⁷. La convention modifie certes quelques formulations ici et

6 - L'article 2.1. incrimine les comportements suivants :

« a) Le comportement de toute personne qui, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale de l'organisation, soit de l'intention de l'organisation de commettre les infractions en cause, participe activement:

- aux activités criminelles de l'organisation, relevant de l'article 1er, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite des infractions en cause et, sous réserve des principes généraux dans le droit pénal de l'Etat membre concerné, même lorsque l'exécution des infractions en cause ne se réalise pas,

- aux autres activités de l'organisation en ayant, en outre, connaissance que sa participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de l'organisation, relevant de l'article 1^{er}.

b) Le comportement de toute personne consistant à avoir 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 1er, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité ».

7 - Article 2, a), de la convention : « L'expression "groupe criminel organisé" désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

là⁸. Et elle définit la notion de « groupe structuré ». De façon plus substantielle, elle tranche la question laissée ouverte par l'Union, consistant à savoir si les infractions commises par l'organisation criminelle pouvaient constituer la seule fin en soi pour l'organisation ou n'être qu'« un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques ». L'idée qu'une organisation puisse être considérée comme une organisation criminelle sur la simple base de l'intention de commettre des infractions pour elles-mêmes paraissait brasser trop large et mal circonscrire la réalité de la criminalité organisée. Par contre, l'exigence de l'influence induite sur le fonctionnement d'autorités publiques, paraissait limiter trop le champ. L'élément retenu par la convention a donc été celui de l'avantage financier ou de tout autre avantage matériel, fût-il même indirect. La dimension de l'influence induite sur les autorités publiques n'est toutefois pas absente, mais elle est au contraire couverte également par la convention, non pas en tant qu'élément constitutif de la participation à l'organisation criminelle, mais par le biais de l'incrimination autonome spécifique de la corruption (article 8).

Sur le volet de l'incrimination⁹, la convention reprend l'alternative ouverte par l'action commune, avec ses caractéristiques et ses anomalies (article 5.1.a)). Elle y ajoute cependant l'obligation d'incriminer également le « fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé » (article 5.1.b)).

8 - Elle remplace notamment la notion d'« organisation criminelle » par celle de « groupe criminel ».

9 - L'article 5.1.a) impose l'incrimination de l'un ou l'autre des actes suivants :

« i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé ;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné ».

L'Union européenne va ensuite revisiter l'action commune de 1998 en y intégrant les acquis de la convention de 2000, à l'occasion d'une décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée¹⁰. Cette décision-cadre réalise la synthèse des deux étapes précédentes, en conservant sa propre terminologie, mais en intégrant dans la définition l'objectif de tirer de l'activité criminelle, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel (article 1^{er}, 1)) et la définition de l'association structurée (article 1^{er}, 2)), et en visant dans les incriminations les différentes formes de participation prévues par la convention de 2000 (article 2, a)). A cet égard, la décision-cadre va même plus loin que la convention puisqu'elle précise encore les formes de participation, en ajoutant la fourniture d'informations ou de moyens matériels, le recrutement de nouveaux membres, et toute forme de financement de ses activités. Ces trois nouvelles formes de participation s'inspirent quant à elles des développements parallèles intervenus dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, en particulier de la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008¹¹.

Il faut en effet ajouter à ce qui a été dit jusqu'ici qu'on constate aussi, à côté de l'importation verticale de définitions juridiques, de concepts et de normes, entre l'UE et l'ONU, un phénomène de dissémination transversale, par laquelle des précédents formés dans un domaine sont ensuite transposés dans un autre domaine, éventuellement au sein de la même organisation (ici l'UE en l'occurrence). Ainsi, l'incrimination la plus récente de la participation à l'organisation criminelle par l'UE a pu être nourrie par les décisions-cadre adoptées par l'UE dans le domaine du terrorisme, que ce soit celle susmentionnée ou celle antérieure du 13 juin 2002 (2002/475/JAI) relative à la lutte contre le terrorisme¹². Cette dernière avait d'ailleurs construit sa définition du « groupe terroriste » au départ de celle de l'organisation criminelle prévue par l'action commune de 1998 et revisitée par la convention ONU de 2000.

10 - J.O.U.E., L 300 du 11 novembre 2008, pp. 42-45.

11 - 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, J.O.U.E., L 330, 9 décembre 2008, pp. 21-23.

12 - J.O.C.E., L 164 du 22 juin 2002, pp. 3-7.

§ 2 : La base juridique pour le rapprochement des droits pénaux matériels et ses limites

La base juridique fournie par le TFUE pour le rapprochement des droits pénaux matériels ne permet pas la constitution d'un véritable droit pénal européen.

Tout d'abord, elle ne permet qu'un rapprochement de certains éléments, certes essentiels, mais pas exhaustifs pour constituer un droit pénal matériel : les incriminations et les sanctions. Il a été admis dès le départ par le législateur, même si cela ne résulte pas expressément des textes, que cette compétence couvrirait aussi celle de prendre les dispositions de droit pénal général nécessaires à l'application de ces incriminations. Il en va ainsi de l'intention, de la responsabilité des personnes morales, des formes de participation à l'infraction ou de la tentative, de la compétence extraterritoriale des juridictions.

Au-delà de cela, comme je l'ai indiqué précédemment, la Commission développe, au moins dans certains domaines une approche « holistique » - qui permet d'étendre le rapprochement à des domaines variés relevant de l'action contre le phénomène criminel visé, touchant à la procédure pénale ou à la prévention ou à l'accompagnement des victimes. Cette approche, qui n'est pas prévue expressément par le traité, est cependant acceptée par le Conseil et encouragée par le Parlement européen. Ainsi, d'une manière générale, si le législateur perçoit la nécessité d'une disposition qui ne relève pas expressément des incriminations et des sanctions, il ne se privera pas de la prendre. Il ne s'agit toutefois pas nécessairement de dispositions pénales et elles ne s'inscrivent en aucun cas dans le cadre d'une approche d'ensemble du domaine du droit pénal matériel.

Deuxième limite de l'exercice de rapprochement, celui-ci se borne à l'identification d'un minimum commun, au-delà duquel chaque Etat membre est libre d'aller. L'orientation que le législateur européen donne aux législateurs nationaux est donc forcément ouverte. L'instrument européen n'est donc nullement la garantie d'une harmonisation des droits des Etats membres.

Troisième limite et on la constate en observant les acquis de l'Union dans le domaine du rapprochement, c'est le fait que la diversité parfois irréductible des droits nationaux biaise l'exercice et entraîne

l'adoption de dispositions parfois trompeuses. J'ai ainsi utilisé les termes de rapprochement « en trompe l'œil » pour caractériser certaines réalisations qui, à première vue, donnent à penser que l'harmonisation est plus importante qu'elle ne s'avère l'être après une lecture plus attentive¹³. Tantôt le droit européen ouvre une alternative entre plusieurs possibilités d'incrimination (comme pour l'organisation criminelle), tantôt, il permettait discrètement, avant Lisbonne, de faire une réserve (discrète porte de sortie, qu'on songe notamment à la possibilité de non incrimination de certains faits relevant de la pédopornographie¹⁴), possibilité qui s'est transformée, après Lisbonne dans l'insertion de dispositions purement déclaratoires (permettant aux Etats le souhaitant d'aller plus loin que le minimum obligatoire¹⁵), tantôt il exclut les faits mineurs non autrement définis (notamment en matière de cybercriminalité¹⁶), tantôt enfin il renvoie même au droit national pour la définition d'un élément constitutif de l'infraction (ainsi de la notion de majorité sexuelle dans la directive sur les abus sexuels et l'exploitation sexuelle¹⁷).

On peut identifier une quatrième limite, qui est spécifique au rapprochement des sanctions, c'est la difficulté d'établir un seuil minimum de la peine privative de liberté maximale quand le droit européen ne rapproche pas les systèmes de peines de manière globale et que les systèmes nationaux des Etats membres sont notoirement très différents. Comment établir un système de peine cohérent en faisant le grand écart entre, d'un côté, des pays qui ignorent la peine

13 - Formule que j'ai utilisée pour la première fois dans Une justice pénale européenne après Amsterdam, J.T.D.E., 1999, p.122. Voir à ce sujet D. Flore, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, pp.323-324.

14 - Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, J.O.U.E., L 13 du 20 janvier 2004, pp. 44-48.

15 - 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, J.O.U.E., L 335 du 17 décembre 2011, pp. 1-14.

16 - Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques visant les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, J.O.U.E., L 218 du 14 août 2013, pp. 8-14.

17 - 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, J.O.U.E., L 335 du 17 décembre 2011, pp. 1-14.

à perpétuité (comme le Portugal), ou dont les peines maximales sont de 20 ans voire de 10 ans (comme en Suède – sauf exceptions très limitées en cas d’assassinat) et, d’un autre côté, des pays comme la France ou la Belgique qui connaissent des peines jusqu’à 30 ans voire 40 ans et des peines à perpétuité ?

On peut retenir deux choses de tout ce qui vient d’être dit, dans le cadre de notre propos. La première est que la relation entre le droit européen et les droits nationaux est loin d’être binaire, mais qu’elle se fait au contraire au travers d’échanges multiples, qui partent aussi du niveau national et qui proviennent aussi d’autres organisations internationales que l’UE. La seconde est que le rapprochement, tel qu’il est prévu au sein de l’UE par le TFUE, comporte des limites qui vont nécessairement avoir leur répercussion lors de la transposition des normes européennes en droit national, ce que nous allons nous employer à montrer dans la suite.

Section II - Les grandes techniques à l’œuvre dans le cadre de la transposition

Avant de montrer à travers quelques exemples comment le législateur belge a procédé pour transposer les normes européennes, il me paraît utile de présenter d’abord les grandes techniques qui peuvent être mises en œuvre par les législateurs nationaux pour procéder à la transposition.

§ 1 : Entre l’absorption (dilution, disparition) dans le droit national et la création d’infractions autonomes

La première tendance du législateur national est d’essayer de ne rien changer, de considérer que le droit existant est conforme au droit européen nouveau. Cela pourra être le cas lorsque le négociateur national aura bien négocié « à droit constant » - cette hypothèse est toutefois devenue assez improbable dans le cadre d’une Europe de vingt-huit Etats membres, avec la procédure législative ordinaire, qui implique la majorité qualifiée, c’est-à-dire le risque pour un Etat membre d’être mis en minorité, et qui implique également la codécision entre le Conseil et le Parlement européen, ce qui implique la nécessité d’un compromis supranational entre ces institutions européennes, dans une logique nécessairement supranationale. Néanmoins, plus la majorité qualifiée est difficile à trouver, plus on peut

craindre que le contenu de l'instrument ait été dilué au point de ne plus contenir beaucoup d'obligations pour les législateurs nationaux.

La Commission n'aime pas cette manière de procéder par absorption dans le droit national, parce qu'elle ne fait pas apparaître l'acquis européen. Elle a d'ailleurs, dès le début de l'exercice de rapprochement, dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'UE (les CE à l'époque), voulu pousser les Etats membres à adopter des infractions « autonomes », qui soient distinctes des infractions du droit national portant sur le même objet, quand bien même elles auraient une portée identique à celle d'autres dispositions du droit national. Cette tendance se manifeste systématiquement dans la manière dont la Commission apprécie la manière dont les législateurs nationaux ont transposé les normes européennes.

§ 2 : Transposition littérale ou libre

Corollaire du point précédent, le législateur national a eu tendance à préférer initialement la transposition libre – c'est-à-dire celle par laquelle il modifie ses dispositions nationales existantes pour y intégrer les idées nouvelles contenues dans l'instrument européen à transposer – à la transposition littérale – la première ayant l'avantage de se couler mieux dans le droit national que la seconde.

La Commission préfère par contre une transposition aussi littérale que possible, quand bien même celle-ci créerait une contradiction avec d'autres normes, définitions ou concepts du droit national des Etats membres (question de cohérence à résoudre par l'Etat membre concerné lui-même), en raison de l'idée de l'autonomie des normes européennes.

La question se pose naturellement différemment selon que la norme européenne concerne un domaine de la criminalité déjà couvert par le droit national des Etats membres ou lorsqu'elle vise un domaine nouveau, non encore incriminé par le droit national de ceux-ci – dans le deuxième cas, l'idée d'une transposition littérale peut s'imposer plus facilement.

§ 3 : Transposition minimale ou opportunité pour légiférer au-delà

On va constater également que la norme européenne, qui n'impose qu'un minimum, peut aussi être l'occasion pour le législateur natio-

nal de faire passer des réformes plus ambitieuses dans le domaine concerné, que ce soit de façon affichée ou en se cachant derrière l'obligation de la transposition. Cette ambition ne peut toutefois s'exprimer que dans le sens d'une plus grande répression.

§ 4 : Tentation de transposer en-deçà de la norme européenne

Dernier phénomène possible : le législateur national peut tenter de profiter des brèches laissées par le texte (dispositions déclaratoires, renvois au droit national,...) pour transposer *a minima*, ce qui peut s'avérer être en dessous du seuil voulu par le législateur européen.

Section III - Exemples de ces orientations dans la transposition en droit belge

Le législateur belge a recouru aux différentes voies qui ont été identifiées ci-dessus en vue de la transposition de ses obligations européennes. On peut principalement distinguer trois situations.

§ 1 : Normes anciennes préexistantes

La première situation est celle dans laquelle des normes nationales bien établies préexistent à l'instrument européen. Dans ce cas, l'attitude première du législateur belge a été de ne pas toucher aux règles nationales ou d'y toucher le moins possible et d'absorber les normes européennes dans ces normes nationales préexistantes.

Ainsi, en matière de fraude au budget de l'Union, le législateur s'est-il contenté d'ajouter une référence à la Communauté européenne dans les incriminations déjà existantes à l'égard du budget national, qui dataient d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations de toute nature, qui sont, en tout ou en partie, à charge de l'Etat, sans changer le contenu de ces incriminations¹⁸.

18 - Loi du 7 juin 1994 modifiant l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations de toute nature, qui sont, en tout ou en partie, à charge de l'Etat, Moniteur belge, 8 juillet 1994, p. 18127 et suiv. Voir à ce sujet J. Messinne, Les incriminations et les peines dans le *corpus iuris* et leurs correspondances en droit pénal belge, in *Le Corpus Iuris au regard du droit belge. Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruylant-Maklu, Bruxelles, Anvers, Apeldoorn, 2000, pp.18-20.

Dans le même sens, la première consécration de l'incrimination de blanchiment en droit belge s'est limitée à un élargissement de la notion de recel¹⁹. Il est vrai que le législateur intervenait en se basant sur la convention des Nations Unies contre le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 et en anticipant sur les obligations contenues dans la directive 91/308/CEE du Conseil²⁰, dont il faut rappeler qu'elle ne pouvait, sur la base du droit européen de l'époque, contenir d'obligation d'incrimination pénale²¹. Le législateur a néanmoins rapidement réajusté sa position, par une loi du 7 avril 1995²², après l'adoption de la directive précitée et dans la perspective de la ratification par la Belgique de la convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, en reprenant cette fois de manière littérale les autres formes d'incriminations prévues.

§ 2 : Domaine en mutation avec concurrence d'initiatives

Une deuxième situation se présente, c'est celle dans laquelle on a affaire à des normes jeunes et en mutation, dans un domaine investi seulement depuis peu par la politique pénale, et qui fait l'objet pour cette raison de manière simultanée d'un intérêt propre des autorités nationales et d'une attention soutenue de la communauté internationale. La répression de la traite des êtres humains en est un bel exemple. Ici aussi, le législateur belge avait précédé le législateur européen en adoptant une première loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile. On peut d'ailleurs dire que l'Union européenne sera elle-même influencée par cette législation lorsqu'elle adoptera l'action commune du 24 février 1997 relative à

19 - Article 505, al.1^{er}, 2^o du code pénal, introduit par la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du code pénal et insérant un article 43bis dans ce même code, Moniteur belge, 15 août 1990, p.15886. Voir à ce sujet M.L. Cesoni et D. Vandermeersch, Le recel et le blanchiment, chapitre X de l'ouvrage *Les infractions. Volume 1 les infractions contre les biens*, 2^{ème} édition, Larcier, 2016, p. 539 et p. 548 et suiv.

20 - Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (JOCE, L 166 du 28 juin 1991, p. 77).

21 - Le Ministre de la Justice de l'époque avait clairement indiqué cette volonté de s'inscrire dans le cadre de la transposition de ces obligations internationales. Exposé introductif du Ministre devant la Commission de la justice du Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 1989-1990, n° 8902, p. 13.

22 - Moniteur belge, 10 mai 1995, p. 12378.

la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants²³. La Belgique jouera un rôle important dans ce domaine comme dans celui des infractions sexuelles commises contre les enfants, suite aux travaux soutenus menés en Belgique suite aux affaires Dutroux et Fourniret.

Les initiatives européennes et internationales se sont ensuite succédé pendant une décennie. On peut citer : un protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (« convention de Palerme »), visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, une décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains²⁴, adaptant l'action commune à la réalité nouvelle du protocole, une Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005, inspirée elle-même du protocole et de la décision-cadre, et enfin une directive 2011/36 du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes²⁵, visant à la fois à « lisboniser » la décision-cadre, tout en intégrant les acquis de la convention du Conseil de l'Europe et en allant plus loin à certains égards.

Parallèlement, à la fois en vue de transposer ces obligations en droit interne et dans le cadre d'une réflexion propre sur le domaine, le législateur belge adoptait successivement une loi du 10 août 2005²⁶ modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil (faisant suite à la convention ONU et à la déci-

23 - 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 des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, J.O.C.E., L 63 du 4 mars 1997, pp. 2-6.

24 - Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, J.O.U.E., L 203 du 1er août 2002, pp. 1-4.

25 - 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, J.O.U.E., L 101 du 15 avril 2011, pp. 1-11.

26 - Loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil *Moniteur belge*, 2 septembre 2005, p. 38454.

sion-cadre de l'Union), une loi du 26 novembre 2011²⁷ modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes vulnérables contre la maltraitance, une loi du 29 avril 2013²⁸ visant à modifier l'article 433quinquies du Code pénal en vue de clarifier et d'étendre la définition de la traite des êtres humains et une loi du 24 juin 2013 portant répression de l'exploitation de la mendicité et de la prostitution, de la traite et du trafic des êtres humains en fonction du nombre de victimes.

Dans ce chassé-croisé de normes européennes, internationales et nationales, le législateur belge a procédé à une transposition fidèle des obligations européennes, tout en préservant les spécificités de la politique nationale dans le domaine, en tentant de combiner l'approche nationale et l'approche européenne. A titre d'exemple, on peut noter qu'en ce qui concerne la mendicité, celle-ci est conçue à la fois comme un *modus operandi* dans le cadre de la traite (approche européenne - article 433quinquies 2° du code pénal), mais aussi comme infraction autonome (approche nationale - articles 433ter et quater du code pénal, introduits par la loi du 10 août 2005 et maintenus par la loi du 24 juin 2013).

§ 3 : Nouvelles normes européennes/internationales

La troisième situation est celle dans laquelle il n'y a pas de normes nationales préexistantes, lorsque l'Union européenne ou un autre législateur international intervient. Dans ce cas, le législateur belge s'oriente vers une transposition littérale des obligations européennes, ce qu'on peut constater en matière d'incrimination de la participation à une organisation criminelle ou en matière d'infractions terroristes ou de participation au groupe terroriste.

27 - Loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes vulnérables contre la maltraitance, Moniteur belge, 23 janvier 2012, p. 4569.

28 - Loi du 29 avril 2013 visant à modifier l'article 433quinquies du Code pénal en vue de clarifier et d'étendre la définition de la traite des êtres humains, Moniteur belge, 23 juillet 2013, p. 45880.

La notion d'organisation criminelle a été introduite à l'article 324bis du code pénal, par une loi du 10 janvier 1999²⁹, qui transcrit littéralement la définition de l'action commune de 1998. Cette nouvelle notion s'ajoute à la définition préexistante de l'association de malfaiteurs contenue à l'article 322 du même code.

Les infractions terroristes sont définies par l'article 137 du code pénal belge³⁰ qui reprend littéralement les éléments constitutifs (intentionnels et contextuels) énoncés par la décision-cadre 2002/475/JAI³¹ et énumère les actes visés en suivant la liste contenue à l'article de la décision-cadre. La seule nuance est liée à la technique normative utilisée par le législateur européen : dans la mesure où il énumère les actes mais renvoie aux incriminations du droit national, le législateur belge a dû distinguer les actes qui étaient déjà couverts en tant que tels par le droit belge, pour lesquels le caractère terroriste constitue bien une circonstance aggravante de ceux qui n'étaient pas encore couverts et pour lesquels une incrimination nouvelle devait être incorporée dans le droit national.

Le groupe terroriste est défini à l'article 139 du code pénal, de la même façon qu'à l'article de la décision-cadre (même si la notion d'association structurée, contenue dans la décision-cadre, n'est pas reproduite dans le code).

§ 4 : Mesures de précaution

Lorsque le législateur belge a considéré que les nouvelles incriminations transposées du droit européen mettaient en jeu des principes fondamentaux de l'Etat de droit ou les droits fondamentaux des personnes, et qu'il voulait garantir qu'aucune violation de ces principes et de ces droits ne puisse résulter de ces nouvelles normes transposées, il lui est arrivé de prévoir des mesures de précaution particulières, en les accompagnant de dispositions plus déclaratoires que substantielles, qui ont une fonction d'avertissement.

29 - Loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles, Moniteur belge, 26 février 1999, p. 9159.

30 - Inséré par une loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, Moniteur belge, 29 décembre 2003, p. 61689.

31 - Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, J.O.C.E., L 164 du 22 juin 2002, pp. 3-7.

Il en a été ainsi en matière de terrorisme où l'article 139, alinéa 2 du code pénale prévoit qu'« une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme un groupe terroriste au sens de l'alinéa 1^{er} ». Le même rappel est formulé en ce qui concerne l'organisation criminelle, par l'article 324bis du code pénal.

De la même manière, toujours dans le domaine du terrorisme, l'article 141ter du code pénal dispose qu'« aucune disposition du présent titre ne peut être interprétée comme visant à réduire ou entraver des droits ou libertés fondamentales tels que le droit de grève, la liberté de réunion et d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache, la liberté d'expression, en particulier la liberté de la presse et la liberté d'expression dans d'autres médias, et tels que consacrés notamment par les articles 8 à 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Pour aller plus loin

Les conclusions que l'on peut tirer après ce bref survol sont les suivantes. En définitive, le législateur belge s'est montré bon élève en matière de transposition et va de plus en plus dans le sens de transpositions littérales, voire de normes autonomes. Dans le même temps, il essaie de combiner les obligations européennes avec ses propres orientations en matière de politique pénale, ce que j'ai esquissé en matière de traite des êtres humains, mais qu'on pourrait montrer aussi plus récemment en matière de terrorisme.

Néanmoins, ceci n'enlève rien au caractère incomplet du rapprochement qui est réalisé par le droit européen, cette incomplétude étant une menace pour le sens même de l'entreprise.

Au-delà de cela et comme en écho à ce constat, il faut se rappeler le caractère subsidiaire accordé par le traité au rapprochement par rapport à la reconnaissance mutuelle et se poser la question de savoir si et dans quelle mesure la reconnaissance mutuelle a besoin du rapprochement des droits pénaux matériels pour exister et être effective. Mais c'est là l'objet d'une autre étude.

L'INCIDENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LES TECHNIQUES D'INCRIMINATION EN DROIT ALLEMAND

Prof. Dr. Helmut Satzger¹

Professeur ordinaire à l'université de Munich (LMU)

Introduction.

En Allemagne la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, le *Bundesverfassungsgericht*, peut contrôler la constitutionnalité de tout acte étatique. Souvent ses arrêts ont aussi une influence sur le droit européen, comme on l'a pu constater pour les célèbres arrêts « *Solange* » ;² malheureusement ces arrêts n'ont rien à voir avec le joli prénom féminin français « Solange » - « *solange* » dans le sens utilisé par la Cour constitutionnelle signifie « tant que » en allemand.

En ce moment, il est demandé à la Cour de Karlsruhe de statuer sur la conformité d'une norme incriminant le fait de ne pas satisfaire aux prescriptions d'étiquetage de la viande bovine contenues dans différents règlements européens. En l'espèce, le tribunal d'instance de Berlin avait condamné un producteur de kebab, dans le stock duquel les autorités avaient trouvé de la viande bovine qui n'était pas étiquetée du tout ou dont l'étiquetage ne suffisait pas aux exigences de l'Art. 13 du règlement européen (CE) N° 1760/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 sur l'identification et étiquetage de la viande bovine.³ Le tribunal s'est fondé sur une disposition pénale allemande qui renvoie audit règlement et sanctionnait le non-respect des dispositions du dernier.

1 - Le style de l'exposé a été conservé. L'auteur exprime son immense gratitude à M. Benedikt Linder, pour son précieux travail de recherche et pour son assistance linguistique excellente.

2 - BVerfGE 37, 271 - *Solange I* ; BVerfGE 73, 339 - *Solange II* ; voir également, J. Vogel, A.B. Norouzi, European integration and German Criminal Law, in G. Guidicelli-De-lage, S. Manacorda, *L'intégration pénale indirecte*, p. 315 et s. ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 305.

3 - Voir aussi B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 261 et s.

Notons-le bien : ce qui est sanctionné c'est seulement le non-respect des dispositions d'étiquetage, donc plus ou moins une « formalité » si vous voulez. Il n'y avait cependant pas de risque concret pour la santé par une viande avariée ! Le tribunal de grande instance de Berlin, saisi de l'affaire en appel, a sursis à statuer et a saisi la Cour constitutionnelle d'un recours ayant pour objet un contrôle de constitutionnalité de la disposition pénale (ce que l'on appelle en allemand « *Konkrete Normenkontrolle* »).⁴ La particularité de la disposition en question est qu'il s'agit d'une incrimination par renvoi, une technique par laquelle le législateur national se contente de prévoir qu'un certain comportement sera puni, mais au lieu de définir lui-même en quoi consiste ce comportement renvoie à une norme tierce⁵ – en l'espèce présente dans un règlement européen. Cette technique de renvoi est un exemple type d'une incidence du droit européen sur les techniques d'incrimination en droit allemand.

Notre intervention, qui porte l'intitulé de « L'incidence du droit de l'UE sur les techniques d'incrimination en Allemagne », traitera dans une première partie de l'incidence du droit européen par l'emploi de nouvelles techniques d'incrimination, avant de s'intéresser dans une seconde partie aux incidences sur les techniques d'incrimination existantes. J'espère que vous reconnaîtrez et apprécierez le plan «à la française» en deux parties.

Section I – L'incidence du droit européen sur le droit pénal allemand par l'emploi de nouvelles techniques d'incrimination

Vous le savez tous, aujourd'hui il n'y a pas encore de droit pénal européen au sens strict, c'est-à-dire un droit pénal directement applicable au justiciable - comparable à un Code pénal national comme celui de la France ou de l'Allemagne. Si l'on parle donc de droit pénal européen, il s'agit toujours d'une partie du droit pénal interne ayant un certain lien au droit européen⁶. L'incidence du droit européen

4 - Décision du TGI de Berlin du 16 avril 2015, référence du dossier BVerfG 2 BvL 1/15, voir maintenant la décision du BVerfG du 3 novembre 2016 (BVerfG 2 BvL 1/15).

5 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 152 et ss. ; B. Hacker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 255 et s.

6 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 98 ; K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2014, p. 444 et s. ; Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, p. 1 et s.

sur le droit pénal allemand s'exprime avant tout par l'emploi de nouvelles techniques d'incrimination. On s'en aperçoit par un simple regard dans le code : la forme des textes d'origine européenne est différente de celles des infractions classiques.

Nous pouvons distinguer deux voies d'influence du droit européen sur le droit pénal national qui entraînent l'emploi de nouvelles techniques d'incrimination : la voie de l'harmonisation et la voie de l'assimilation⁷. Avant de vous parler de l'harmonisation, donc de la transposition de directives européennes en matière pénale, nous examinerons d'abord l'assimilation du droit pénal allemand au droit pénal européen par la plus ou moins nouvelle technique de l'incrimination par renvoi.

§ 1 : La voie de l'assimilation – l'incrimination par renvoi

Il résulte de l'article 4 alinéa 3 du traité sur l'Union européenne (TUE) l'obligation pour tout Etat membre de prendre « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » et de faciliter « l'accomplissement par l'Union de sa mission ».

Ce principe de coopération loyale oblige les Etats membres à sanctionner le non-respect des prescriptions européennes le cas échéant par une disposition pénale.⁸ Cependant, le règlement européen étant directement applicable dans tout Etat membre, la disposition en question ne nécessite pas d'être transposée en droit interne. Au contraire ! Toute transposition – même si elle se bornait à répéter le contenu de la disposition européenne – dissimulerait l'origine européenne et engendrerait alors un risque d'interprétation et d'application hétérogènes dans les différents Etats membres⁹. Par ailleurs, toute modification de la disposition européenne nécessiterait une modification de la disposition nationale. On voit bien que ce n'est guère la solution la plus facile...

7 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 129 et s.

8 - B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 235 et s.

9 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 153.

Souvent, comme dans notre exemple introducteur, le législateur national choisit donc la technique de l'**incrimination par renvoi** (en allemand : « *Blankettstrafgesetz* »). Il crée donc en quelque sorte une norme pénale « composée » qui consiste en une norme de renvoi, issue du droit interne, et un objet de renvoi qui lui, fait partie du droit européen¹⁰.

Il faut cependant distinguer deux techniques de renvoi : le renvoi statique et le renvoi dynamique.

S'agissant d'un **renvoi statique**, le législateur national nomme expressément la disposition européenne (p.ex. en citant le journal officiel) à laquelle il renvoie¹¹. Nous avons déjà expliqué l'inconvénient de cette technique : chaque modification du droit européen nécessite une adaptation de la norme de renvoi.

Le législateur allemand préfère donc la technique du **renvoi dynamique**, par laquelle il renvoie simplement à la version de la disposition « en vigueur »¹². Ainsi, le contenu de la norme pénale s'adapte automatiquement à toute modification du droit européen – sans le concours du législateur national. Mais l'avantage de cette flexibilité pour le législateur est en même temps l'inconvénient pour le justiciable, qui se retrouve comme l'a dit Bertrand de Lamy transformé « en Petit Poucet devant aller de disposition en disposition pour reconstituer l'incrimination dans toutes ses composantes »¹³. Ceci apparaît clairement dans notre exemple introductif :

Le § 10 de la loi sur l'étiquetage de la viande bovine déclare punissable

toute contravention à une **disposition du droit européen** (1^{ère} condition)
dans le **champ d'application du § 1 al. 1^{er}** (2^{ème} condition)

10 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 152 et s.

11 - B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 256.

12 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 158.

13 - B. De Lamy, *Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français*, Les Cahiers de droit, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 599.

dans la mesure où il y a selon le § 10 al. 3 un renvoi à la disposition pénale du § 10 al. 1^{er} par un règlement du ministère fédéral pour une infraction précise (3^{ème} condition)

sous la condition que la répression pénale soit nécessaire pour l'application des actes juridiques des Communautés européennes ou de l'Union européenne (4^{ème} condition).

Mais ce n'est pas seulement un inconvénient pour le justiciable. Une telle chaîne de renvoi pourrait s'avérer être contraire à la Constitution comme étant incompatible avec le principe de légalité. C'est d'ailleurs sur le fondement d'une violation du principe de légalité que le tribunal de grande instance de Berlin a demandé le contrôle de constitutionnalité dans notre exemple introductif.

Le principe de légalité n'a pas seulement une valeur constitutionnelle en droit allemand (il est consacré dans l'art. 103 alinéa 2 de la loi fondamentale allemande), il constitue aussi un principe général du droit européen au sens de l'art. 6 alinéa 3 du TUE et est consacré par l'art. 7 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.¹⁴ L'exigence de légalité au sens européen signifie que chacun doit être en mesure de prévoir quels comportements le rendent passible de sanctions pénales. Ainsi, les textes d'incrimination doivent-ils être rédigés de manière claire et précise. Pour cela, il est en particulier nécessaire que le texte soit aisément compréhensible : la loi doit par principe « parler d'elle-même ». Les conditions objectives et subjectives de la responsabilité pénale, ainsi que les sanctions encourues doivent dans tous les cas être prévisibles¹⁵.

On voit bien que la prévisibilité des conditions de sa responsabilité pénale pour le justiciable est très restreinte en présence d'une incrimination par renvoi. Le problème pour le justiciable est alors double : premièrement il ne peut pas connaître le contenu de la

14 - A. Klip, *European Criminal Law*, 2012, p. 179 et s. ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 353 et s.

15 - R. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, p. 210 et s. ; H. Satzger in U. Sieber, H. Satzger, H. Von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, § 9 n° 29 et s.

norme pénale à la première lecture, mais doit d'abord la « composer » lui-même¹⁶. Surtout, en cas de renvois multiples – l'objet de renvoi en droit européen peut lui-même renvoyer à d'autres dispositions – ou de dispositions très techniques¹⁷, il est sérieusement douteux que l'on puisse raisonnablement exiger un tel effort du justiciable. Et même quand celui-ci a réussi à composer la norme pénale correctement, ce n'est pas la fin des difficultés : en ce qui concerne l'application et l'interprétation du droit européen par renvoi, les règles d'interprétation en vigueur dans le droit européen sont déterminantes ; et elles ne sont pas les mêmes qu'en droit interne – comme par exemple l'obligation d'assurer l'« effet utile » des textes européens et la prise en compte obligatoire des 24 versions linguistiques officielles, ayant toutes la même force contraignante selon le droit européen¹⁸. C'est justement ce dernier point – à savoir le regard nécessaire vers les autres versions linguistiques du règlement en cas de doute sur l'interprétation à adopter – ce qui semble constituer une tâche difficile, voire impossible, pour un juge national « ordinaire »¹⁹.

Un autre problème qui découle de l'utilisation de la technique de renvoi en droit pénal est celui des lacunes juridiques : l'incrimination par renvoi au droit européen comprend le risque d'un **renvoi dans le vide**²⁰. En cas de renvoi statique, une telle faute peut résulter du fait que le législateur national n'a pas adapté à temps la norme de renvoi malgré le changement de l'objet de renvoi. Pour la période à partir du changement de la disposition européenne jusqu'à l'adaptation de la norme de renvoi, la disposition pénale est dépourvue de sens et ne peut pas être mise en œuvre. En cas de renvoi dynamique, il en est de même si l'objet de renvoi est sans vigueur pendant un certain moment. Le principe *lex mitior*, selon lequel il faut toujours

16 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 160.

17 - Voir les exemples donnés par B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 257 et s.

18 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 155 ; voir aussi G.-C. Langheld, *Vielsprachige Normenverbindlichkeit im Europäischen Strafrecht*, 2016, p. 29.

19 - H. Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, p. 233 ; H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, § 9 n° 62 et 66 ; plus général, R. Streinz, *Europarecht*, 2008, n° 274.

20 - H. Satzger in U. Sieber, H. Satzger, H. von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, § 9 n° 36 et s.

appliquer la loi la plus favorable à l'accusé, a pour conséquence que les faits ne peuvent pas être réprimés pénalement en présence d'une telle lacune entre le moment de l'infraction et du jugement²¹.

Cette technique d'incrimination, surtout en utilisant le renvoi dynamique, entraîne donc des risques considérables - tant pour le législateur que pour l'accusé. De plus une solution n'est pas facile à trouver car l'interaction du droit pénal avec le droit européen est la conséquence immédiate de la répartition des compétences en droit pénal entre l'UE et les Etats membres dans les traités fondateurs. À cause de ces difficultés, le législateur allemand ne devrait plus utiliser le renvoi dynamique au droit européen à mon avis. Il serait plus opportun de se borner au renvoi statique - et en même temps introduire une procédure législative accélérée, réservée aux adaptations techniques dues aux modifications du droit européen relevant pour des normes de renvoi allemandes.

§ 2 : La voie de l'harmonisation – l'incrimination par transposition

L'incrimination par transposition de directives qu'il nous convient d'étudier maintenant est peut-être encore plus importante.

Depuis le traité de Lisbonne, l'art. 83 alinéa 1^{er} du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) déclare le législateur européen compétent pour « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière ». Selon l'alinéa 2 du même article, il peut aussi « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » lorsque « le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère 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 ». On y trouve donc une compétence pour le législateur européen d'harmoniser le droit pénal dans certains do-

21 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 160.

maines par des directives contenant des dispositions minimums²². Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette harmonisation s'opérait surtout par l'adoption de décisions cadres dans le domaine du « troisième pilier » de l'UE, la coopération policière et judiciaire en matière pénale²³.

Contrairement aux règlements, ces directives et décisions cadres ne sont en principe pas directement applicables, mais nécessitent une transposition en droit interne par le législateur national²⁴. Celui-ci doit donc créer une infraction pénale qui contient tous les éléments requis par le droit européen. On ne se doute pas des difficultés qu'il peut y rencontrer. Avant tout il n'est quasiment pas possible de satisfaire aux exigences du droit européen sans changer de « style ». En feuilletant dans le code pénal, on s'aperçoit très vite des dispositions ayant une origine européenne. Ces délits sont souvent beaucoup plus longs et complexes que les délits classiques comme le vol (*Diebstahl*), le vol commis avec violence (*Raub*), l'homicide volontaire (*Totschlag*), la blessure corporelle (*Körperverletzung*) ou même le délit de fraude ou l'usurpation de pouvoir (*Amtsanmaßung*).

En comparant ces infractions classiques aux infractions d'origine (aussi) européenne, comme le § 184b du code pénal allemand (*StGB*) sur la pornographie infantile, le § 232 StGB sur la traite des êtres humains au fin de l'exploitation sexuelle, le § 261 StGB (blanchiment d'argent), le § 264 StGB sur l'escroquerie aux subventions ou encore le § 303b StGB sur les actes de sabotage informatique, on se rend compte très vite de la complexité de ces dispositions.

Cette complexité est d'abord le résultat de la marge d'appréciation laissée au législateur national qui est amené à transformer les prescriptions européennes souvent très vagues en une disposition suffisamment précise, mais elle résulte aussi du contenu de ces directives, souvent très technique et complexe. On peut très bien imaginer, que cette technique d'incrimination n'est pas non plus exempte de problèmes, surtout au regard du principe de légalité.

22 - Voir D. Flore, *Droit pénal européen*, 2014, p. 122 et s.

23 - Voir aussi A. Klip, *European Criminal Law*, 2016, p. 52.

24 - Voir R. Streinz, *Europarecht*, 2012, p. 165 et s. ; M. Herdegen, *Europarecht*, 2014, p. 177 et s.

Nous avons déjà vu les bases du principe de légalité, qui exige que « le texte » soit aisément compréhensible. Mais quel texte ? Puisqu'en cas de transposition d'une directive européenne il y en a deux : le texte européen et le texte national, qui est le résultat de la transposition en droit interne.

Surtout les directives européennes sont souvent formulées d'une façon très vague. Mais est-ce que cela constitue déjà une infraction au principe de légalité ? Certes, l'exercice de ses compétences en matière pénale par l'Union européenne suppose la reconnaissance au profit des Etats membres d'un certain pouvoir d'appréciation. On pourrait donc partir du fait - comme l'a fait Mme l'Avocat Général Kokott - qu'en raison du devoir de transposition, le principe de légalité ne concerne que le législateur national. Selon ses mots : « si les dispositions d'une directive ne sont pas suffisamment précises pour satisfaire aux exigences de qualité, il appartient au législateur national d'y remédier lors de la transposition en tenant compte des particularités de l'ordre juridique national. Cela ne met pas en cause la validité de la directive, mais, tout au plus, son effet d'harmonisation »²⁵.

Même si ceci n'est pas faux, ce n'est pas non plus l'entière vérité. Ce qui est exact, c'est qu'en raison du double degré de législation, il doit y avoir un pouvoir d'appréciation au bénéfice des Etats membres. Celui-ci se traduit nécessairement par une relative imprécision dans la rédaction des actes juridiques. Mais il faut bien dire « relative », puisque si les cadres donnés dans les directives d'harmonisation sont formulés de manière (trop) vague, le législateur national, qui s'astreint lors de la transposition à une formulation précise et non douteuse, court le risque de ne pas pouvoir couvrir toute la palette de comportements prévus dans la directive et ainsi ne pas satisfaire à son devoir de transposition. Il n'est cependant pas admissible, déjà en raison de l'obligation de coopération loyale de l'Union européenne envers les Etats membres de l'art. 4 alinéa 3 du TFUE, que le législateur européen entraîne les Parlements nationaux dans un tel dilemme. La nécessité d'incriminations claires et précises vaut donc, en tant que principe général du droit communautaire et pilier élémentaire de tout Etat de droit, également pour les actes

25 - Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott, présentées le 20 novembre 2007 dans l'affaire C-308/06, n° 144.

juridiques européens²⁶. Plus la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, plus l'acte européen doit être clair et précis dans sa formulation. Lorsque l'acte européen vise l'uniformisation, c'est-à-dire l'« harmonisation totale » des législations, il doit satisfaire à l'exigence d'incriminations claires et précises de la même manière que les Etats²⁷.

Section II – L'incidence du droit européen sur les techniques d'incrimination existantes

Bien que les nouvelles techniques d'incrimination représentent probablement l'incidence du droit européen la plus frappante, celle-ci ne s'arrête pas là. Le droit de l'UE a aussi une influence non négligeable sur les infractions existantes en droit interne par l'exigence d'une interprétation conforme au droit européen du droit national existant. Cependant, l'interprétation conforme connaît aussi des limites qui peuvent inviter les Etats membres à bloquer l'harmonisation européenne du droit pénal.

§ 1 : L'exigence d'une interprétation conforme au droit européen

L'exigence d'une interprétation conforme au droit européen peut à la fois élargir et restreindre les dispositions pénales nationales.

A. Extension de la responsabilité pénale par l'interprétation conforme des dispositions pénales nationales

Nous avons déjà vu que le principe de coopération loyale découle de l'art. 4 al. 3 du TUE. En posant un « principe d'équivalence », il oblige les Etats membres à protéger les intérêts de l'Union européenne comme les intérêts nationaux²⁸. Pour cela, les Etats membres peuvent bien sûr expressément élargir les textes pénaux pour y intégrer les intérêts de l'UE, comme le législateur allemand l'a fait dans

26 - European Criminal Policy Initiative, Manifeste pour une politique criminelle européenne, ZIS 2009, 717 ; voir aussi B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 355.

27 - European Criminal Policy Initiative, Manifeste pour une politique criminelle européenne, ZIS 2009, 718.

28 - B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 229 et s.

le § 264 StGB sur l'escroquerie aux subventions. Mais ils peuvent également garantir la protection des intérêts européens par l'interprétation conforme au droit européen des infractions existantes²⁹.

Ainsi, la notion de « öffentliches Amt », c'est-à-dire la « fonction publique » du § 132 StGB, qui réprime le fait d'exercer une fonction publique sans y être autorisé comprend aussi les fonctions européennes. Bien sûr une telle interprétation conforme est souvent contraire à l'interprétation des mêmes notions établie par les tribunaux allemands auparavant. On peut y voir un conflit avec la confiance du justiciable en la jurisprudence établie³⁰. Mais tout comme le revirement jurisprudentiel n'est pas interdit, cette confiance – à mon avis – doit être limitée exclusivement aux textes.³¹ Et ceux-ci ne sont pas changés par une interprétation différente.

Cependant, il n'est bien sûr pas possible d'élargir les textes pénaux nationaux au travers d'une lecture *contra legem*³². Une telle interprétation violerait l'interdiction d'interprétation par analogie, garantie fondamentale en matière pénale³³.

B. Restriction de la responsabilité pénale sur la base des dispositions pénales nationales

À l'inverse, le droit européen peut également intervenir en restreignant la responsabilité pénale. Ceci est notamment le cas lorsque des infractions pénales sont contraires à des normes de droit européen directement applicables. On parle alors de l'effet d'une « neutralisation » du droit interne³⁴. Les libertés fondamentales européennes en sont un bon exemple. Si une disposition pénale risque d'entraver une liberté fondamentale, elle ne doit pas être appliquée, même si cela réduirait la protection pénale et créerait alors des lacunes juridiques. La norme pénale est « neutralisée ». La

29 - R. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, p. 34 et S.

30 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 171.

31 - *Ibid.* p. 171 ; R. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, p. 35 ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 357 et s.

32 - B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 358.

33 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 170.

34 - *Ibid.*, p. 163.

non-conformité au droit européen est ainsi devenue une stratégie importante des avocats pénalistes pour écarter une disposition pénale nationale.

Cependant, il est possible de « sauver » la norme pénale, si la lettre du terme permet une interprétation conforme au droit européen. Les juges nationaux - en tant qu'organes des Etats membres³⁵ - sont alors tenus par l'obligation de coopération loyale imposée aux Etats membres par l'art. 4 alinéa 3 du TFUE de restreindre l'interprétation des dispositions pénales nationales pour leur donner une signification qui n'entrave plus le droit européen.

Pour vous donner un exemple, la Cour de cassation allemande, le *Bundesgerichtshof* (BGH), a connu en 1986 d'une affaire, où un commerçant avait trompé les consommateurs sur les effets de ses produits³⁶. Il s'agissait de produits pour épaissir les cheveux, pour maigrir et pour arrêter de fumer qui en réalité étaient dépourvus d'effet. Les descriptions des produits exagéraient tellement - en garantissant par exemple une efficacité de 100% pendant les premières 10 minutes - qu'il était difficile d'imaginer qu'on puisse y croire. Le BGH avait néanmoins qualifié ces faits d'escroquerie pour protéger aussi les clients crédules.

Si l'on imagine alors qu'il s'agit d'un commerce transfrontalier (auquel s'applique le TFUE), le fait de réprimer pénalement la publicité exagérée constituerait une entrave à la libre circulation des marchandises. Certes, celle-ci n'est pas garantie sans limites et connaît par exemple la réserve d'ordre public de l'art. 36 du TFUE. Cependant, les Etats membres ne peuvent pas faire justifier une entrave à la liberté de circulation des marchandises pour protéger le consommateur si le consommateur n'est pas digne d'une telle protection d'après le droit européen. Tel est le cas de notre exemple : d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui se base sur l'image d'un « consommateur moyen », c'est-à-dire un consommateur normalement informé, raisonnablement attentif et avisé, le comportement du commerçant n'est pas frauduleux et ne

35 - Voir R. Streinz, *Europarecht*, 2008, n° 649 et s. ; M. Herdegen, *Europarecht*, 2009, p. 231 et s.

36 - BGHSt 34, 199 ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 319 et s.

peut donc pas faire l'objet d'une infraction pénale. Le juge national est donc appelé à restreindre la disposition pénale de droit interne pour faire en sorte que cette dernière ne s'applique pas³⁷. L'interprétation conforme au droit européen mène alors dans ce cas à une restriction des dispositions pénales nationales. Il faut cependant préciser que la jurisprudence allemande n'a pas encore accepté cette conséquence grave de l'influence européenne sur le droit pénal allemand³⁸ – à tort !

Il en est de même en droit des sanctions si la nature ou le montant d'une peine sont incompatibles avec le droit européen³⁹. Nous citons l'exemple de l'affaire *Donatella Calfa*, dans laquelle la Cour de Justice avait déclaré incompatible aux libertés fondamentales la peine d'expulsion à vie du territoire d'un Etat membre pour les ressortissants des autres Etats membres. Il en sera de même pour une peine d'un montant manifestement disproportionné et ainsi contraire au droit européen⁴⁰.

§ 2 : Les limites de l'interprétation conforme

Mais l'interprétation conforme au droit européen connaît aussi des limites. Elle ne peut garantir que le respect des règles européennes existantes et n'a pas en elle-même un effet d'harmonisation sur les différents droits des Etats membres. Comme l'harmonisation du droit pénal à l'échelle européenne n'est que partielle, il n'y a ni un droit pénal général européen, ni un droit européen des sanctions. Ce sont alors les dispositions nationales qui s'appliquent. Bien que le droit européen exige de réprimer pénalement un certain comportement dans tous les Etats membres, il se peut qu'en raison des différences entre les règles nationales qui s'appliquent le résultat ne soit pas le même partout. Qui plus est, il s'agit d'une technique parfaite pour les Etats membres d'aller à contre-courant de dispositions européennes avec lesquelles ils ne sont pas d'accord.

37 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 175 ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 337 et s.

38 - B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 342.

39 - R. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, p. 14.

40 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 178 et s.

Si l'on ne peut pas éviter les mesures de blocage prévues par l'art. 83 alinéa 3 du TFUE⁴¹, il faut faire en sorte qu'il n'y ait aucune raison pour les Etats membres de s'opposer aux projets d'harmonisation de l'Union européenne. Cet article contient une « sonnette d'alarme », qui est plutôt un moyen véritable pour chaque Etat membre de s'opposer à tout projet de directive portant atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale. En actionnant ce qu'on appelle en anglais « *emergency brake* » (= le frein de secours), cet Etat membre n'est pas lié par la directive européenne. Pour éviter une telle relativité du droit européen il est nécessaire d'arriver à une politique criminelle européenne cohérente.

« Il ne peut y avoir de politique criminelle équilibrée que si le législateur européen respecte les principes fondamentaux de droit pénal lors de l'élaboration de tous les actes relevant de la matière pénale et justifie explicitement de leur observation dans l'esprit d'une bonne gouvernance ». C'est le constat de l'initiative pour une politique criminelle européenne (*European Criminal Policy Initiative*), groupe de professeurs de droit pénal issus de dix pays européens dont je suis le coordinateur, dans le « Manifeste pour une politique criminelle européenne » publié en 2009,⁴² qui n'a pas perdu de son actualité.

Ces principes généraux de la tradition pénale européenne ne sont aucunement étrangers à l'ordre juridique de l'Union européenne. Ils découlent au contraire des principes mêmes sur lesquels la construction européenne est fondée. Il s'agit de l'exigence de **la protection d'un intérêt légitime suffisant** ;

- du principe « **ultima ratio** » ;
- du principe de **culpabilité** ;
- du principe de **légalité** ;
- du principe de **subsidiarité** et
- du principe de **cohérence**.

41 - H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2016, p. 178 et s. ; R. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, p. 51 et s. ; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2015, p. 297 et s.

42 - European Criminal Policy Initiative, Manifeste pour une politique criminelle européenne, ZIS 2009, 717.

Bien sûr, ces principes se recoupent. En cas de problèmes avec les dispositions européennes, plusieurs d'entre eux seront ainsi concernés. Par exemple la décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie⁴³ - qui est à l'origine du § 184 StGB - va bien au-delà d'une protection des mineurs dont la légitimité est incontestable - en qualifiant de pédopornographie aussi la représentation visuelle d'une personne « qui paraît être un enfant »⁴⁴. De telles représentations ne causent aucune atteinte directe à un mineur, mais leur définition précise donne beaucoup de mal au législateur. A l'origine du problème de légalité se trouve donc souvent une incrimination trop large, sans but légitime.

Il en est de même pour le principe de proportionnalité. L'hypertrophie du droit pénal que l'on regrette souvent repose avant tout sur le non-respect du principe *ultima ratio*. On a souvent tendance à recourir au droit pénal même s'il n'y en a pas (encore) besoin. Nous parlons ici du problème de l'incrimination d'actes situés en amont de *l'iter criminis* (cheminement criminel), qui lui aussi est typique pour les actes européens en droit pénal. Le législateur européen a tendance à réprimer pénalement de plus en plus les actes préparatoires. Les parlements nationaux sont alors appelés à introduire des infractions correspondantes dans leur droit pénal. On peut citer les alinéas 3 et 4 du § 263a StGB sur la fraude informatique⁴⁵, qui répriment déjà la création ou la possession d'un logiciel ayant pour but de commettre une telle fraude.

Conclusion

L'influence croissante du droit européen sur l'incrimination pénale en Allemagne est évidente et indéniable. La situation légale pour le citoyen devient de plus en plus compliquée, ce qui met en danger le respect de la garantie fondamentale de *nullum crimen sine lege certa*.

43 - Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (Journal officiel n° L 013 du 20/01/2004 p. 0044 - 0048).

44 - European Criminal Policy Initiative, Manifeste pour une politique criminelle européenne, ZIS 2009, 719 et s.

45 - Par l'instauration de cette norme, le législateur allemand visait à transposer la 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 (Journal officiel n° L 149 du 02/06/2001 p. 0001 - 0004).

Pour améliorer la situation actuelle la question clé est celle du développement et de la poursuite d'une politique criminelle raisonnable au niveau de l'Union européenne. Les organes législatifs de l'Union doivent anticiper toute conséquence en droit national de leur législation ayant des implications sur le droit pénal national et ils doivent suivre des lignes directrices d'un bon législateur en matière pénal afin d'éviter des problèmes plus tard quand les actes européens doivent être transposés et appliqués dans les Etats membres. Ainsi, le droit européen serait véritablement un droit commun compatible avec tous les systèmes légaux dans les Etats membres, de sorte qu'on puisse éviter les problèmes d'intégration d'un corps étranger dans les systèmes nationaux.

DEUXIÈME PARTIE :
UN DROIT PÉNAL SPÉCIAL BOUSCULÉ

LES FLUCTUATIONS DES ABUS DE MARCHÉ EN DROIT INTERNE FACE AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Frédéric Stasiak

Professeur à l'Université de Lorraine

Le terme de « fluctuations », dans le sujet qui m'a été attribué, apparaît particulièrement bien choisi : du latin *fluctuatio, fluctuare* « flotter », il décrivait au XII^{ème} siècle une « incertitude » ou une « insécurité »¹ et évoque actuellement des « variations successives de sens contraire »², à l'image des fluctuations des marchés financiers. S'agissant plus précisément des abus de marché, tels que les opérations illicites d'initiés, manipulations cours ou diffusions d'informations fausses ou trompeuses³, leur répression a assurément fluctué en droit de l'Union européenne, ce qui a nécessairement eu des répercussions, pour ne pas dire des fluctuations, en droit interne, génératrices d'instabilité et d'insécurité.

C'est surtout, la nature de cette répression qui a varié : administrative dans la directive 2003/6 du 28 janvier 2003, elle est devenue pénale dans la directive 2014/57 du 16 avril 2014. La directive de 2003 ne faisait pas des sanctions pénales une priorité en matière de lutte contre les abus de marché. L'article 14 de cette directive prévoyait que « Sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, les Etats membres veillent à ce que (...) des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées ... ».

Pour autant, ce choix répressif ne s'est pas révélé aussi pertinent qu'espéré. La directive 2014/57 du 16 avril 2014 constate ainsi que « L'adoption de sanctions administratives par les États membres s'est révélée jusqu'ici insuffisante pour assurer le respect des règles relatives à la prévention et à la lutte contre les abus de marché »⁴, notamment parce 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

1 - *Le Grand Robert de la langue française.*

2 - *Ibid.*

3 - C. mon. fin., art. L. 465-1 et L. 465-2.

4 - Consid. 5, directive 2014/57.

variait fortement entre les États membres »⁵. Cela ne signifie pas que la répression administrative des abus de marché soit supprimée puisque le règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014, qui abroge la directive de 2003, les conforte dans leur principe.

La directive 2014/57 relève encore que « 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 »⁶. Ce constat est assez surprenant dans la mesure où l'article 14 de la directive 2003/6 faisait de l'instauration de sanctions administratives une priorité et n'exigeait donc nullement des États membres qu'ils instituassent des sanctions pénales pour réprimer les abus de marché. Pour autant, la directive 2014/57 considère 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. L'établissement d'infractions pénales au moins pour les formes graves d'abus de marché établit des frontières claires pour certains types de comportements qui sont considérés comme particulièrement inacceptables et adresse au public et aux auteurs potentiels le message que les autorités compétentes prennent très au sérieux ces comportements »⁷. Ceci rejoint la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans l'arrêt *Grande Stevens* du 4 mars 2014, estime que les sanctions des abus de marché visent à garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions. La Cour considère, en conséquence, qu'il s'agit « d'intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal »⁸.

5 - Consid. 4, directive 2014/57.

6 - Consid. 7, directive 2014/57.

7 - Consid. 6, directive 2014/57.

8 - CEDH, *Grande Stevens et autres contre Italie* du 4 mars 2014, Req nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 96.

Enfin, la directive 2014/57 « établit des règles minimales en matière de sanctions pénales »⁹ applicables aux abus de marché et exige des États membres qu'ils prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que les différents abus de marchés constituent « une infraction pénale, au moins dans les cas graves et lorsqu'elle est commise intentionnellement »¹⁰.

Ces errements répressifs du droit de l'Union européenne ont nécessairement eu des incidences sur les modalités de la répression des abus de marché en droit français. Dans un premier temps, les fluctuations de notre droit interne ont été relativement faibles puisque la répression des abus de marché en droit français satisfaisait, peu ou prou, aux exigences du droit de l'Union européenne. Quelques ajustements sont néanmoins intervenus avec la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. Mais l'erreur commise par le législateur français est d'avoir transposé les dispositions du droit de l'union européenne relatives aux abus de marché alors que celles-ci n'en étaient qu'au stade de simple projet. Lorsque la version définitive de ces dispositions a été adoptée, certaines insuffisances du droit français sont apparues, justifiant ainsi une nouvelle intervention législative. De fait, une proposition de loi est récemment intervenue qui porte « diverses mesures d'adaptation au droit de l'Union européenne, en particulier la transposition de la directive relative aux abus de marché du 16 avril 2014 et de l'adaptation de notre droit au règlement relatif aux abus de marché du 16 avril 2014 »¹¹. C'est dire qu'aux fluctuations résultant d'une transposition anticipée des dispositions du droit de l'Union européenne (Section I), viendront s'ajouter, à court terme, des fluctuations résultant d'une transposition en réalité précipitée (Section II), génératrice d'incertitude ou d'insécurité juridique.

9 - Art. 1^{er}, de la directive 2014/57.

10 - Art. 3, 4 et 5, directive 2014/57.

11 - Cf. exposé des motifs de la proposition de loi n° 19 présentée au Sénat le 7 octobre 2015 « relative à la répression des infractions boursières ».

Section I – Les fluctuations des abus de marchés résultant d’une transposition anticipée du droit de l’Union européenne

La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 a essentiellement intégré des dispositions qui élargissent la répression, qu’il s’agisse des marchés concernés (§ 1) ou des comportements sanctionnés (§ 2).

§ 1 : Les marchés concernés

Limitée jusqu’à la loi du 26 juillet 2013 aux seuls marchés réglementés¹², la répression pénale s’étend actuellement à « un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d’initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations ou négociés sur un système multilatéral de négociation, admis à la négociation sur un tel marché ou pour lesquels une demande d’admission à la négociation sur un tel marché a été présentée ou sur les perspectives d’évolution d’un instrument financier ou d’un actif visé au II de l’article L. 421-1 admis sur un marché réglementé »¹³.

L’incrimination gagnerait en clarté, mais perdrait peut-être en précision, si son champ matériel actuel – les marchés concernés – figurait dans une disposition du code monétaire et financier distincte de celle décrivant les comportements prohibés. C’est d’autant plus vrai qu’une nouvelle extension de ce champ devrait intervenir puisque la directive 2014/57 « s’applique également aux comportements ou aux transactions, y compris les offres, qui se rapportent à la mise aux enchères sur une plate-forme d’enchères agréée en tant que marché réglementé de quotas d’émission ou d’autres produits mis aux enchères qui sont basés sur ces derniers, y compris lorsque les produits mis aux enchères ne sont pas des instruments financiers »¹⁴.

12 - C. mon. Fin, art. L. 421-1.

13 - Art. L. 465-1 dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013.

14 - Art. 1er, 2° in fine, directive 2014/5.

§ 2 : Les comportements sanctionnés

La loi du 26 juillet 2013 a, en premier lieu, introduit un article L. 465-2-1 dans le code monétaire et financier qui punit « des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait :

- pour toute personne de transmettre des données ou des informations fausses ou trompeuses utilisées pour calculer un indice défini au dernier alinéa du présent article ou de nature à fausser le cours d'un instrument ou d'un actif auquel serait lié cet indice, lorsque la personne ayant transmis les données ou les informations savait ou aurait dû savoir qu'elles étaient fausses ou trompeuses ;
- pour toute personne d'adopter tout autre comportement aboutissant à la manipulation du calcul d'un indice »¹⁵.

Deux remarques peuvent être formulées à propos de cette disposition. D'abord, il aurait sans doute été plus simple de prévoir que « tout comportement aboutissant à la manipulation du calcul d'un indice » était matériellement constitutif de l'infraction. Ensuite, et surtout, l'élément intellectuel de ce délit se distingue radicalement de celui des autres abus de marché. Alors que ces derniers doivent être considérés comme des délits intentionnels, au regard de l'article 121-2 du code pénal, le délit de l'article de l'article L. 465-2-1 apparaît comme une infraction de commission par omission puisqu'il est puni de façon identique, que le comportement soit intentionnel (« savait ») ou non intentionnel (« aurait dû savoir »), sans que l'on perçoive bien la raison de cette singularité, la directive 2014/57 demandant essentiellement aux Etats membres de sanctionner pénalement les abus de marché graves et intentionnels¹⁶. Mais il convient de remarquer que la directive 2014/57 prévoit, par ailleurs, que « Les États membres peuvent, par exemple, prévoir que la manipulation de marché constitue une infraction pénale si elle résulte d'une imprudence ou d'une faute grave », ce qui apparaît surprenant dans la mesure où une manipulation suppose plutôt un comportement réalisé en connaissance de cause.

15 - Cf. art. 5, d, directive 2014/57 ; comp. consid. 44, règlement UE 2014/596 du 16 avril 2014.

16 - Cf. notamment art. 5, directive n° 2014/57.

En second lieu, la loi du 26 juillet 2013 a introduit en droit français la répression de la tentative de délit d'initié et de diffusion d'informations ou trompeuses, conformément aux exigences de l'article 6 de la directive 2014/57. En pratique, la preuve de cette tentative risque d'être délicate à rapporter, notamment pour le délit d'initié, dans la mesure où les juridictions françaises décident que la consommation de ce délit intervient dès le lancement de l'ordre de bourse¹⁷. Il est permis de se demander quel comportement antérieur, suffisamment univoque, permettrait de caractériser un commencement d'exécution.

Pour sa part, le règlement 596/2014 du 16 avril 2014 interdit également, sous peine de sanctions administratives, la tentative et la recommandation¹⁸ d'effectuer des opérations d'initiés, ainsi que l'incitation à réaliser de telles opérations¹⁹. Il prohibe également le fait de tenter d'effectuer des manipulations de marché, ce qui recouvre les manipulations de cours et les diffusions d'informations fausses ou trompeuses²⁰. C'est surprenant si l'on ne perd pas de vue que la directive 2014/57 demande aux Etats membres de réprimer pénalement les abus de marché graves et intentionnels²¹. Si la répression administrative de l'incitation, de la recommandation ou de la tentative de comportements intentionnels et peu graves peut se comprendre, comment concevoir, en revanche, la répression de l'incitation, de la recommandation ou de la tentative de comportements non intentionnels, même graves ? Faut-il considérer que les sanctions administratives, comme les sanctions pénales, peuvent être retenues à l'encontre d'abus de marché graves et intentionnels ? Dans l'affirmative, les Etats membres devront trouver une solution permettant de concilier cette possibilité avec la règle *ne bis in idem*. C'est précisément l'un des aspects « oubliés » par la loi du 26 juillet 2013, ce qui apparaît de nature à entraîner des « variations successives de sens contraire ».

17 - CA Paris, 30 mai 1977, JCP 1977, II, n° 18789, note A. Tunc.

18 - Cf. art. 622-1, 2°, Règl. Gén. AMF.

19 - Art. 14, règlement UE 596/2014.

20 - Art. 15, règlement UE 596/2014. V. égal., art. 621-1 Règl. Gén. AMF.

21 - Cf. *supra*.

Section II – Les fluctuations des abus de marché résultant d'une transposition précipitée du droit de l'Union européenne

Dans sa précipitation à vouloir transposer le droit de l'Union européenne, le législateur français a omis de prendre en compte certaines dispositions qui tendent à restreindre, tant du point de vue matériel (§ 1) que formel (§ 2), le champ de la répression des abus de de marché.

§ 1 : Les restrictions matérielles du champ de la répression des abus de marché

En premier lieu, il existe une restriction par la prise en compte d'un seuil de sensibilité potentielle, jusqu'alors cantonné à la répression administrative des abus de marché²². Il convient de rappeler que l'influence, sensible ou non, sur le cours du titre est retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis un arrêt du 26 juin 1995²³ dans lequel elle décide que « si les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, comme celles de la directive 89/592/CEE du 13 novembre 1989 avec lesquelles elles sont compatibles, interdisent aux personnes qui disposent, en raison de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière, de réaliser des opérations sur le marché avant que le public en ait eu connaissance, c'est à la condition que lesdites informations soient précises, confidentielles, de nature à influencer sur le cours de la valeur et déterminantes des opérations réalisées ». Or, l'article 2, 4° de la directive 2014/57 renvoie à l'article 7, §§ 1 à 4, du règlement 2014/596 qui prévoit qu'une information privilégiée est « une information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés ». Il s'agit d'une complication inutile pour le juge pénal dont le rôle en matière d'abus de marché

22 - Art. 621-1 Règl. Gén. AMF.

23 - Cass. crim. 26 juin 1995, n° 93-81.646, Bull. crim., n° 233.

devrait être bien distinct de celui de l'AMF : il est moins le garant du fonctionnement normal du marché que celui de la protection des investisseurs²⁴. La sensibilité de l'influence de l'information privilégiée sur le cours du titre devrait être indifférente pour la répression pénale de l'initié.

En second lieu, il existe, en droit de l'Union européenne, une justification de la répression par la prise en compte de « comportements légitimes »²⁵. L'article 9 du règlement UE 596/2014 énumère différentes situations dans lesquelles le comportement d'une personne physique ou d'une personne morale peut être considéré comme tel et échapper ainsi à la répression. Mais, l'article 9, 6° du règlement UE 596/2014 ajoute que « Nonobstant les paragraphes 1 à 5 du présent article, une violation de l'interdiction des opérations d'initiés énoncée à l'article 14 peut toujours être réputée avoir eu lieu si l'autorité compétente établit qu'il existait une raison illégitime pour les ordres, transactions ou comportements concernés ». Ainsi, un comportement qui apparaît objectivement légitime peut être sanctionné s'il est subjectivement illégitime, autrement dit s'il est déterminé par un motif, pour ne pas dire un mobile, lucratif par exemple. Si cette analyse devait être la bonne, un rapprochement pourrait être fait avec la jurisprudence française relative au caractère « déterminant » de l'information privilégiée²⁶ qui permet à l'initié de s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il parvient à établir que ce n'est pas la connaissance d'une information privilégiée et la recherche d'un intérêt personnel qui ont déterminé la réalisation de l'opération mais la nécessité de se défendre face à une menace de prise de contrôle inamicale ou d'acquérir une position stratégique sur le marché. C'est alors moins, semble-t-il, le caractère déterminant de l'information privilégiée qui est en cause, que le caractère déterminant du motif, ou du mobile, de l'intervention sur le marché d'un investisseur ayant connaissance

24 - Cf. C mon. fin., Livre IV, titre VI, chapitre V.

25 - Consid. 20 directive 2003/6 ; art. 9, règlement UE 2014/596 auquel renvoie l'article 3 (opérations d'initiés) de la directive 2014/57 ; cf également article 5, directive 2014/57 pour certaines manipulations de marché.

26 - Cass. crim. 26 juin 1995, Bull. crim., no 233 ; Rev. sociétés 1995, p. 562, obs. Bouloc ; Bull. Joly bourse, 1995, p. 285, note Le Cannu ; V. égal. Cass. com., 9 avril 1996, JCP éd. E 1996, II, no 589, p. 391, obs. Viandier et Caussain ; Bull. Joly bourse 1996, p. 305, note Peltier.

d'une information privilégiée. Dit autrement, c'est moins la légitimité du comportement que celle du motif, ou du mobile, qui importe.

§ 2 : Les restrictions formelles de la répression des abus de marché : la règle *ne bis in idem*

Si le Conseil constitutionnel français ne reconnaît pas de valeur constitutionnelle à la règle *ne bis in idem*, lui préférant un principe de non-cumul des sanctions qui découle du principe de stricte nécessité des peines fondé sur l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789²⁷, le droit européen, *lato sensu*, consacre pleinement ladite règle. C'est d'abord le cas de l'article 4 du protocole additionnel n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme sur lequel s'est fondée la Cour de Strasbourg dans son arrêt Grande Stevens du 4 mars 2014²⁸. C'est ensuite le cas de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui interdit, de façon similaire, une poursuite consécutive à un jugement pénal définitif concernant la même personne et les mêmes faits. Or, la directive 2014/57 précise qu'elle « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « charte ») tels qu'ils sont reconnus dans le traité sur l'Union européenne. Plus particulièrement, elle devrait être appliquée dans le respect du droit à (...) ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (article 50) »²⁹. Elle ajoute d'ailleurs que « 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 *non bis in idem* »³⁰.

27 - Cons. const. n° 2014-453/454 et 2014/462 QPC du 18 mars 2015 : inconstitutionnalité des articles L. 465-1 ; L. 621-15 ; L. 466-1 ; L. 621-15-1 ; art. L. 621-16 et L. 621-16-1 c. mon. fin.

28 - CEDH Grande Stevens c/ Italie du 4 mars 2014, req. n° 18650/10 ; 18647/10 ; 18663/10 ; 18668/10 et 18698/10.

29 - Consid. 27, directive 2014/57.

30 - Consid. 23, directive 2014/57.

Mais, curieusement, le règlement n° 596/2014 énonce que « Même si rien n'empêche les États membres d'établir des règles prévoyant à la fois des sanctions administratives et des sanctions pénales pour les mêmes infractions, il ne devrait pas être exigé d'eux d'établir des règles concernant les sanctions administratives applicables à des infractions au présent règlement qui sont déjà passibles de sanctions en vertu du droit pénal national au 3 juillet 2016 au plus tard. Conformément au droit national, les États membres ne sont pas tenus d'infliger à la fois des sanctions administratives et pénales pour la même infraction, mais ils en ont le loisir si leur droit national l'autorise »³¹.

L'articulation de cette dernière disposition avec celles de la directive 2014/57 n'apparaît pas avec la force de l'évidence : comment permettre aux États membres d'infliger - et pas seulement de prévoir - à la fois des sanctions administratives et pénales sans entraîner de violation de la règle *ne bis in idem* ? Comment le droit national d'un État membre pourrait autoriser un comportement contraire à un principe consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux³² et par la jurisprudence de la CJUE³³ ? Une solution résiderait dans l'article 30 du règlement 2014/596 qui prévoit que « Les États membres peuvent décider de ne pas établir de règles concernant des sanctions administratives visées au premier alinéa lorsque les violations visées au point a) ou b) dudit alinéa sont déjà passibles de sanctions pénales dans leur droit national au plus tard le 3 juillet 2016. Dans ce cas, les États membres notifient d'une manière détaillée à la Commission et à l'AEMF les parties de leur droit pénal concernées ». C'est pourtant dans une toute autre voie, sans doute plus respectueuse des compétences de l'AMF, que s'est engagé le législateur français en déposant la proposition de loi au Sénat le 7 octobre 2015 « relative à la répression des infractions boursière ». L'article 1^{er} de cette proposition pose deux principes fondamentaux en matière de répression des abus de marché : d'une part l'interdiction du cumul des sanctions administrative et pénale ; d'autre part, la poursuite et la sanction par le juge pénal

31 - Consid. 72, règlement UE 596/2014.

32 - « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

33 - Notamment, C.J.U.E., 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl et a.*, Rec., I-8375.

des faits les plus graves et commis intentionnellement. Cet article prévoit également un mécanisme de concertation entre le Parquet national financier et l'AMF et, en cas d'échec, la saisine d'un « Conseil des infractions boursières » composé paritairement de magistrats du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et dont les décisions seraient insusceptibles de recours. La lourdeur de ce dispositif et l'interrogation relative au respect du principe d'égalité des citoyens devant la justice pénale qu'il suscite, conduisent à penser qu'il ne perdurera pas. Comme nous l'avons vu précédemment, les abus de marché sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt général dont le garant est l'autorité judiciaire. Au stade des poursuites, c'est donc au ministère public, représentant des intérêts de la société dans le procès pénal, que devrait incomber la charge d'orienter l'affaire vers le juge pénal ou l'autorité administrative³⁴. De nouvelles fluctuations des abus de marché en perspective ...

34 - Voir, C. Ducouloux-Favard et N. Rontchevsky, La procédure de sanction administrative des infractions boursières après le décret n° 97-774 du 31 juillet 1997, Bull. Joly Bourse mars-avr. 1998, p. 107 s.

L'IMMERSION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE EN DROIT INTERNE : L'EXEMPLE DU BLANCHIMENT, DE LA CORRUPTION, DES DROITS DE LA CONSOMMATION ET DE L'ENVIRONNEMENT

Jacques-Henri Robert

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Les normes internationales et européennes visent plus directement le droit pénal spécial que le droit pénal général. Celui-ci, en effet, est davantage lié à des traditions nationales qu'il est difficile d'uniformiser alors que celui-là peut être aisément modifié sur des points particuliers, sans compromettre l'équilibre de l'ensemble des institutions répressives.

Cependant, la réception du droit international et européen varie selon l'infraction qu'il s'agit d'accueillir en droit interne. Les facteurs qui expliquent cette inégalité des incriminations supra-nationales devant le droit français sont de deux ordres : les uns relèvent de la sociologie et de la politique qui s'attachent au désir de notre législateur de se conformer au droit venu du dehors : on l'appellera l'appétit pour ce droit (section I) ; les autres facteurs sont techniques et résultent de difficultés plus ou moins grandes à rédiger des textes français qui ressemblent à leur modèle supra-national : cette fois, pour prolonger la métaphore alimentaire, on parle de digestion (section II).

Section I - L'appétit pour les normes supra-nationales

Le Parlement pénal français n'est pas nécessairement avide de droit international ou européen. Certes, il ratifie les traités mais il n'en a pas rédigé les articles ; quant au droit dérivé de l'Union européenne, il faut l'absorber bon gré mal gré et parfois contre les foucades de l'opinion populaire à laquelle on affirme que le droit français est composé de tel ou tel pourcentage des « textes de Bruxelles ».

Ce qui facilite l'acceptation de ces « corps étrangers », pour citer le titre de notre journée, est évidemment l'intérêt que le pouvoir politique y trouve. Ce truisme oblige à s'interroger sur les motifs qui permettent néanmoins l'absorption de textes moins désirés.

Pour vérifier cette hypothèse, parcourons les quatre domaines énumérés dans le titre de cette communication, classés selon une appétence décroissante.

§ 1 : Le blanchiment

Le blanchiment présente les mêmes dangers en quelque Etat qu'il soit consommé et ces dangers se manifestent sur tous leurs territoires. Cette infraction permet en effet de financer et donc d'entretenir le crime : l'exemple très actuel du terrorisme en est une trop flagrante preuve.

Un autre péril dont est gros le blanchiment est la ruine des établissements financiers détenteurs d'argent sale susceptible de confiscation.

C'est pourquoi les normes internationales et européenne sont anciennes et exposent ces dangers dans leurs exposés des motifs.

Ce sont, pour le droit international :

- La Convention de l'ONU signée à Vienne le 20 décembre 1990
- La Convention de Strasbourg du 8 mars 1990
- La Convention de Varsovie du 16 mai 2005.

La Communauté puis l'Union européenne n'ont pas manqué de s'attaquer au fléau au moyen des textes suivants :

- La directive n° 91/308 du 10 juin 1991, « *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux* »
- La directive n° 2005/60 du 26 octobre 2005 abrogeant la précédente et portant le même titre augmenté de la mention « *et du financement du terrorisme* ». Elle a été complétée, pour sa mise en œuvre, par la directive n° 2006/70 du 1^{er} août 2006 et le règlement 1781/2006 du 15 novembre 2006.

Ces textes ont abouti à la création d'une incrimination générale de blanchiment par la loi du 13 mai 1996, inscrite dans l'article 324-1 du Code pénal. Mais l'infraction existait auparavant en droit français avec deux différences : d'une part, les infractions primaires étaient limitativement énumérées dans une liste qui visait le proxénétisme¹, le trafic de stupéfiants² et le blanchiment douanier³ ; d'autre part le mot « blanchiment », qui paraissait trop argotique, n'était pas utilisé

1 - Art. 335-5 de l'ancien Code pénal, créé par l'ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960.

2 - Art. L 627 de l'ancien Code de la santé publique, inséré par la loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987.

3 - Art. 89 de la loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 de finances pour 1989.

par le législateur et le blanchisseur de proxénétisme était ainsi décrit : « Celui ou celle qui, par attestation, certificat, document fictif ou par tout autre moyen ou manœuvre aura facilité ou tenté de faciliter à un proxénète la justification de ressources qu'il ne posséderait pas »⁴.

Le droit européen a autorisé l'emploi de l'argot dans la loi précitée du 13 mai 1996 et l'interprétation *a contrario* de l'article 6, § 2 sous *b* de la Convention de Strasbourg a permis à la jurisprudence de réprimer l'autoblanchiment : il est écrit, dans ce texte international, que les Etats peuvent *ne pas appliquer* l'incrimination d'auto-blanchiment aux auteurs de l'infraction principale ; donc ils le peuvent et c'est ce que la chambre criminelle a décidé dans un *obiter dictum*⁵ ; le contenu de l'*obiter dictum* a ensuite été bel et bien et positivement appliqué à un autre prévenu⁶. Cet impact du droit international est d'autant plus remarquable que, selon une jurisprudence traditionnelle qui subsiste, l'auteur principal d'une infraction ne peut pas être son propre receleur.

Le droit français a manifesté un zèle également très grand dans l'organisation de la détection internationale du blanchiment. L'institution de TRACFIN (*Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*) remonte à la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants, votée en exécution de la résolution d'une réunion du G 8. Les autres traités et directives ont provoqué l'élargissement de la compétence de TRACFIN à tous les autres blanchiments, et les textes publiés à cet effet forment une masse volumineuse, modifiée chaque année, dans le Code monétaire et financier⁷.

§ 2 : Le droit de la consommation

Dès sa création, la Communauté européenne a créé du droit dérivé relatif à la composition des produits, en particuliers alimentaires, ainsi que Mme Letouzey l'a montré. L'anecdote de la définition réglementaire de la courbure des bananes, vraie ou fausse, est en tout cas

4 - V. M. Dauray-Fauveau, Juris Classeur Pénal, art. 324-1 à 324-9, fasc. 20.

5 - Cass. crim. 25 juin 2003, Dr. pén. 2003, comm. 142, note M. Véron ; Rev. Sc. Crim. 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof.

6 - Cass. crim. 20 février 2008, Bull. crim., n° 48.

7 - C. mon. fin., art. art. L 561-2 et s. et art. R 561-1 et s.

une illustration très parlante de cette compétence primitive.

La protection des consommateurs est une ambition ancienne du droit français, qui remonte à la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, suivie de la création d'une puissante administration spécifiquement chargée de la répression des fraudes. L'autorité publique accueille donc volontiers les règlements européens qui ont le même objet et depuis la loi du 10 janvier 1978, il suffit d'un décret pour qu'un règlement européen soit pénalement sanctionné comme s'il émanait du gouvernement français⁸. Et cet article est très généreusement appliqué.

Ce qui ternit l'enthousiasme de la France, c'est que l'Union européenne conçoit le droit de la consommation aussi comme un moyen d'assurer la libre circulation des marchandises : or, une protection trop élevée du consommateur dans un Etat membre peut être assimilée à une entrave à la libre concurrence, et c'est cette observation qui, aujourd'hui, contrarie les négociations du traité de libre échange entre l'Europe et les Etats-Unis. Le zèle de notre gouvernement à faire des règlements innombrables ne manque pas de se heurter à des mesures plus libérales imposées par l'Union : un des premiers chocs se produisit avec la réglementation française de la publicité en faveur des alcools, qualifiée par la Cour de cassation elle-même de discriminatoire à l'égard des alcools étrangers⁹. Depuis lors, on observe de nombreux exemples de règlements français déclarés inapplicables par les juridictions répressives comme contraires à des normes européennes plus permissives¹⁰.

Pour prévenir la multiplication de ces conflits de normes, la directive 83/189 du 23 mars 1983 « codifiée » par celle du 22 juin 1998 (n° 98/34) oblige les Etats à notifier à la Commission leurs projets de réglementation technique des produits commercialisés.

Le consommateur français ne manque pas d'être surpris d'apprendre que l'Union européenne interdit de le protéger aussi

8 - C. consom., art. L 412-2.

9 - Cass. crim. 16 juin 1983, Bull. crim., n° 187.

10 - V. par. ex., à propos de l'acide sorbique, interdit par le décret du 15 avril 1912 mais autorisé par la directive 64/54 du 5 novembre 1963 : Cass. crim. 27 février 1995, Dr. pén. 1995, com. 147.

énergiquement que le fait son droit national¹¹. Ainsi, par exemple, l'article 3.5 de la directive n° 2005/29 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ne tolère les mesures nationales restrictives qu'à titre temporaire et encore à condition qu'elles soient « proportionnées » à l'objectif à atteindre ; et en conséquence, les annonces de réduction de prix qu'un arrêté français du 31 décembre 2008 réglementait sévèrement a dû être abrogé comme trop défavorable aux annonceurs¹² et a été remplacé par un nouvel arrêté du 11 mars 2015¹³ beaucoup plus vague.

Il y a là de quoi réduire l'appétit pour le droit européen de la consommation.

Les mêmes tensions se rencontrent dans le droit de l'environnement.

§ 3 : Le droit de l'environnement

Les traités, directives et règlements tendant à la protection de l'environnement en tous ses éléments et les Etats ont un intérêt commun à protéger l'air, le climat et la mer. Le droit français les accueille d'autant plus favorablement que ses dispositions ont servi de modèle aux textes supra-nationaux, par exemple en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement¹⁴ et de déchets¹⁵. Le législateur français est si zélé qu'il se borne souvent à attacher des sanctions pénales à des normes rédigées par les autorités internationales : l'article L 218-11 du Code de l'environnement adopte ainsi le contenu de la Convention Marpol du 2 novembre 1973, et ses articles L 521-21, I, et L 541-40 font de même avec respectivement le règlement n° 1907/2006 du 18 décembre 2006, relatif aux produits chimiques et le règlement 1013/2006 du 14 juin 2006 relatif au mouvements transfrontaliers de déchets.

Il est vrai que, dans la pratique, les deux derniers de ces textes ne donnent lieu qu'à de rares applications et que, quand l'environnement purement interne de la France est en cause, la Commission

11 - CJCE 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C- 299/07 : D 2009, p. 1273, note E. Petit ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 183, note G. Raymond ; CJUE 14 janvier 2010, aff. C-304/08 : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 84, note G. Raymond.

12 - CJUE 10 juillet 2014, aff. C-421/2012.

13 - JO 24 mars 2015, p. 5378 ; Dr. pén. 2015, comm. 73.

14 - Loi du 19 juillet 1976.

15 - Loi 15 juillet 1975.

européenne est amenée à déclencher des procédures de sanctions contre notre pays (étang de Berre, nitrates agricoles, Notre-Dame-des-Landes).

§ 4 : La corruption des fonctionnaires étrangers

La corruption des fonctionnaires étrangers est un instrument fréquent et, dans certains pays, nécessaire, pour vendre des produits et services. Longtemps, les Etats exportateurs en firent une pratique commerciale ordinaire et les rémunérations versées à des intermédiaires officiels ou officieux furent même, naguère, déductibles des bénéfices des sociétés françaises corruptrices.

Il est donc assez surprenant que les Conventions de Paris du 17 décembre 1997 et du Palerme du 15 novembre 2000 aient été si facilement signées puis, en France, transposées par les lois du 30 juin 2000 et du 13 novembre 2007¹⁶.

Cet empressement n'est pas dû à un appétit pour la vertu des entreprises nationales : c'est l'effet de l'impérialisme juridique des Etats-Unis qui, en application d'une loi fédérale de 1977 (*Federal Corrupt Practices Act*), sanctionnent impitoyablement les sociétés étrangères même quand le seul rattachement de la corruption à leur territoire est un mouvement d'argent par l'intermédiaire de leurs banques. Et, comme le disent sans fard deux avocats, mieux vaut disposer d'une loi nationale pour tenter de dessaisir les autorités américaines¹⁷.

Section II - La digestion des normes supra-nationale

Le succès de l'intégration des normes nationales dans le droit pénal positif français n'est pas lié à l'appétit avec lequel on a voulu les absorber. Les difficultés de cette intégration, inégales selon les textes, sont engendrées par des incompatibilités entre la culture de leurs rédacteurs et la culture juridique française. Il s'agit tantôt du langage employé par les uns et les autres ; et tantôt de difficultés plus conceptuelles qui se rattachent au droit pénale général.

16 - C. pén., art. 435-1 et 435-3.

17 - D. Martin et G. Pellegrin, Lutte contre la corruption : les tribulations du projet de loi Sapin 2, JCP 2016, 993.

§ 1 : Les difficultés liées au langage

Le droit n'est qu'un langage, celui des scribes du peuple souverain et les langages diplomatique et européen ne sont pas toujours facile à traduire en français. Le Traité de Versailles, si malfaisant qu'il ait été, était d'inspiration française et on peut encore le lire aisément ; la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des déchets dangereux et leur élimination est d'une lecture moins agréable. Et la seule apparence du règlement n° 1907/2006 sur les produits chimiques rend europhobe tant elle est exagérément analytique, méticuleuse, remplie d'exceptions et d'exceptions aux exceptions.

L'intégration devient assimilation quand le législateur reprend la substance et non la lettre de l'instrument international, et utilise les formulaires qui étaient les siens auparavant, ainsi qu'il l'a fait avec les textes sur le blanchiment et la corruption.

Les difficultés commencent quand le législateur recopie la lettre du texte supra-national. Par exemple, la loi du 3 janvier 2008 a scrupuleusement reproduit la directive précitée 2005/29 dans l'article L 120-1 du Code de la consommation devenu son article L 121-1 : « Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service... Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L 121-2 à L 121-4 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L 121-6 et L 121-7 ». Les adjectifs et adverbes « substantielle » « normalement » et « raisonnablement » sont des standards juridiques, contraires à la tradition juridique française qui inscrit des termes précis et explicites dans la loi, en laissant au juge le soin de les adapter « normalement » et « raisonnablement ». Il a fallu décider si le « en particulier » signifiait qu'il existait des pratiques commerciales déloyales qui n'étaient ni trompeuses ni agressives, et la chambre commerciale a répondu

par l'affirmative¹⁸. Cela a engendré une nouvelle question sur le point de savoir si une pratique simplement déloyale pouvait être pénalement sanctionnée, « en toute circonstance » sans que le juge ait besoin de rechercher si elle était susceptible d'altérer « le comportement du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif » ; en cette occasion, provoquée par les annonces de réduction de prix réglementée par l'arrêté précité du 31 décembre 2008, la chambre criminelle a renoncé à interpréter la loi-directive et a préféré renvoyer une question préjudicielle à la CJUE¹⁹ : c'était une fausse naïveté car la réponse avait déjà été donnée par cette juridiction à une question préjudicielle belge²⁰.

Le pire est atteint quand le législateur français se borne à attacher une disposition de pénalité à une incrimination qu'il ne recopie pas mais qu'il vise par renvoi à un texte européen²¹. La cour d'appel de Poitiers, invitée à appliquer l'article L 541-40 sur le transfert transfrontalier de déchets, relaxa le prévenu par ce motif europhobe : « Attendu que, pour relaxer les prévenus, l'arrêt relève que l'article L 541-40, I du Code de l'environnement renvoie au contenu entier du règlement n° 1013/2006, que ce n'est qu'après lecture de ses dispositions qu'il convient d'en retenir l'article 3 comme étant applicable à la matière pour constater que ce texte procède lui-même, dans un langage extrêmement technique, à de nombreux renvois, le tout rendant la réglementation applicable difficilement intelligible ; que les juges ajoutent que ces textes, procédant par renvois multiples qui se croisent et se chevauchent, au point de constituer un dédale obscur ne mettent pas le justiciable en mesure de connaître exactement les faits qui lui sont reprochés et ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté et de précision d'un texte d'incrimination ». Aujourd'hui même, M. Satzger a examiné un cas semblable à l'occasion duquel le tribunal de Berlin a renvoyé la question de l'obscurité du texte à la Cour constitutionnelle allemande. Chez nous, la procédure de la QPC n'aurait pas été applicable pour deux raisons : d'une part, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'aucun principe ou

18 - Cass. com. 13 juillet 2010, n° 09-15.304 et 09-66.970, CCE 2010, comm. 98, note M. Chagny.

19 - Cass. crim. 9 septembre 2014, n° 13-85.927, Dr. pén. 2014, comm. 138.

20 - CJUE 10 juillet 2014, aff. C-421/2012, précité.

21 - C. environnement, art. L 218-11, L 521-21, I et L 541-40 (précités).

règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas de la loi »²² ; d'autre part, il n'est pas compétent pour apprécier, en répondant à une QPC fondée sur le grief d'obscurité, la conformité à la Constitution d'une norme internationale²³. Toujours est-il qu'en l'espèce la chambre criminelle a impitoyablement censuré la cour d'appel de Poitiers en affirmant que « règlement communautaire directement applicable dont le caractère technique est inhérent à son objet... détermine de façon claire et précise, en fonction du type de déchet, les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie »²⁴. En théorie du droit, on nomme cela une décision « conséquentialiste » dont les auteurs se déterminent en considérant ses effets pratiques futurs ou éventuels : en effet, un rejet du pourvoi aurait ébranlé une bonne partie du droit de l'environnement et d'autres polices administratives spéciales pénalement sanctionnées.

§ 2 : Les difficultés conceptuelles

Les difficultés conceptuelles se rencontrent quand les normes supra-nationales ne se bornent pas à décrire l'élément matériel des infractions qu'elles invitent les Etats à sanctionner, mais quand elles s'aventurent vers la définition de leur élément moral. En ce domaine, les droits nationaux varient considérablement. Les pays de tradition anglaise ont élaboré une théorie et une pratique judiciaire très précises autour de ce qu'ils nomment la *mens rea*. Le droit français souffre, en comparaison, d'une approximation très grande en la matière.

Il est par exemple difficile de transposer dans notre droit la disposition de l'article 3 de la directive n° 2008/99 du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal qui dispose que doivent être réprimés les actes illicites « commis intentionnellement ou par négligence au moins grave ». On ne sait trop où placer cette négligence-ci parmi les différentes catégories de fautes de notre article 121-3.

Dans une de ses formulations successives, l'article 11 de l'annexe de la Convention Marpol ne définissait pas positivement l'élément

22 - Cons. const. 20 nov. 1982, n° 82-145 DC ; 25 juillet 1984, n° 84-176.

23 - Cass. crim. 17 mai 2011, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 98.

24 - Cass. crim. 22 mars 2016, n° 15-80.944, Dr. pén. 2016, comm. 82.

moral du délit de pollution des mers par hydrocarbures, mais énumérerait ainsi des causes d'exonération en décidant que ses incriminations ne s'appliquaient pas

b) Au rejet à la mer d'hydrocarbures ou de mélanges d'hydrocarbures provenant d'une avarie survenue au navire ou à son équipement :

i) à condition que toutes les précautions raisonnables aient été prises après l'avarie ou la découverte du rejet pour empêcher ou réduire ce rejet, et

ii) sauf si le propriétaire ou le capitaine a agi soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement ».

La Cour de cassation, se fondant sur ce texte, a bien voulu approuver la relaxe d'un capitaine en relevant non seulement qu'il avait « pris les précautions nécessaires » après la découverte du rejet, mais en ajoutant une considération tirée du droit français et non écrite dans le traité selon laquelle l'avarie, cause de la pollution, était survenue sans sa faute²⁵.

Et, dans la célèbre affaire du naufrage de l'Erika, les tribunaux français ont évité de se poser la question de savoir si les fautes des divers prévenus, personnes physiques, étaient ou non en lien direct avec le dommage et comment il aurait fallu combiner la Convention Marpol avec l'article 121-3, qui veut que ces fautes soit délibérée ou caractérisée si leur effet est indirect²⁶.

On voit par là que le flou est un bon adjuvant pour la digestion du « corps étranger ».

25 - Cass. crim. 13 nov. 2007, n° 07-81.904, Dr. pén. 2008, comm. 8.

26 - CA Paris 30 mars 2010, D 2010, p. 967, note S. Lavric ; Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198 ; Dr. mar. français, numéro spécial 2012, p. 985 à 1022.

LA RECEPTION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE EN DROIT INTERNE CONCERNANT LE TERRORISME : LA TENTATION DE L'ISOLEMENT

Mikaël Benillouche

*Maître de conférences HDR en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA*

Le terrorisme¹ est au cœur des préoccupations tant du législateur national, que du législateur européen.

L'objet de notre intervention est davantage de traiter des incriminations que de la pénalité. En effet, en la matière, d'autres ont déjà soulevé les lacunes du droit de l'Union européenne concernant l'harmonisation des peines². Ainsi, les compétences du droit de l'Union européenne en matière pénale sont tardives et prennent leur essor avec le Traité d'Amsterdam de 1999. A ce titre, en principe, il convient de relever l'absence de compétence de principe de l'Union européenne pour ériger des sanctions pénales³. Mais, en la matière, les infractions terroristes détonnent, puisqu'un texte du droit de l'Union européenne prévoyait des sanctions dès 2007⁴.

Toutefois, l'euro-péanisation du terrorisme n'est pas une construction continue et progressive. Elle a connu un mouvement brutal d'accélération à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Antérieurement à ceux-ci, si les Etats membres devaient faire face à la menace terroriste, celle-ci était souvent limitée à un Etat. Or, désormais, elle concerne toute l'Union européenne.

Ainsi, en réaction directe à ces attentats, le Conseil de l'Union européenne a adopté la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la

1 - E. Saulnier-Cassia, La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne, LGDJ-Lextenso, 2014, 517 p. ; J. Alix, La répression de l'incitation au terrorisme, *Gaz. Pal.* 24 févr.2015, p. 11 ; Réprimer la participation au terrorisme, *RSC* 2014, p. 849 ; G. Giudicelli-Delage, La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit français, in *L'infraction d'organisation criminelle en Europe (Allemagne - Espagne - France - Italie - Union européenne)*, S. Manacorda (coord.), Paris, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2002, p. 111 à 190.

2 - G. Taupiac-Nouvel, À la recherche de la peine en droit de l'Union européenne, *Dr. pénal* n° 9, septembre 2015, dossier 6.

3 - CJCE, 23 oct. 2007, aff. C-440/05.

4 - Déc.-cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme.

lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008. Par cet instrument, l'Union européenne a esquissé un modèle européen d'incrimination du terrorisme qui correspond à celui du droit interne qui lui est antérieur. En effet, comme en droit français, deux principaux modèles d'incrimination sont retenus. Les actes de terrorisme sont déterminés par référence à une série d'infractions de droit commun qui deviennent terroristes en raison d'un paramètre déterminé. Si en droit interne, il s'agit du mobile terroriste⁵, en droit de l'Union européenne, cela résulte des moyens employés et du but poursuivi par l'acte⁶. À ce titre, relevons dès à présent, que la définition est plus objective en droit de l'Union européenne. Plus encore, est créée une incrimination autonome d'appartenance à un groupe terroriste ou de direction d'un tel groupe⁷. Enfin, sont désignés des comportements préparatoires au terrorisme pour l'incrimination desquels les législations nationales doivent souligner les liens avec le terrorisme⁸.

Le choix pragmatique consistant à désigner comme terroristes des infractions de droit commun a facilité la transposition par les Etats membres dans la mesure où la criminalisation des actes est, dès l'adoption de la décision, pratiquement acquise. Toutefois, s'agissant des agissements liés au terrorisme, une grande marge d'appréciation est laissée aux Etats membres.

Suite à cette pénalisation encouragée ou suivie par l'Union européenne, la période actuelle est marquée par une multiplication des initiatives de l'Union européenne autour de textes non contraignants visant à développer la coopération entre les Etats membres. La France est ainsi à l'initiative de plusieurs mesures comme la création du *passenger name record* (PNR) européen censé compléter le PNR français ou encore l'adaptation du code frontières Schengen⁹.

5 - C. P., art. 421-1 alinéa 1^{er}.

6 - Article 1^{er} de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008.

7 - Article 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008.

8 - Article 3 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008.

9 - W. Roumier, Lutte contre le terrorisme : bilan et perspectives, Dr. pénal n° 9, septembre 2015, alerte 37.

Par ailleurs, le Parlement européen, dans une résolution non législative adoptée le 25 novembre 2015, a présenté des propositions afin de lutter contre le terrorisme et a réaffirmé l'urgente nécessité d'actions coordonnées par les États membres et l'Union européenne. Pour ce faire, il encourage l'échange d'informations entre États membres concernant des points précis : établissement d'une liste noire européenne des djihadistes et des djihadistes terroristes présumés ; définition des combattants étrangers afin de pouvoir les poursuivre pénalement à leur retour dans l'UE ; mise sous contrôle judiciaire ou placement en rétention administrative de tout combattant de retour en Europe jusqu'à l'engagement des poursuites judiciaires ; instauration de contrôles systématiques aux frontières extérieures de l'UE.

Pour dissuader les combattants étrangers potentiels, d'autres mesures sont envisagées comme la confiscation des passeports et le gel de leurs avoirs financiers ; la création de lignes téléphoniques afin que famille et amis puissent recevoir rapidement de l'aide en cas de radicalisation d'un proche ; le renforcement du dialogue interculturel par le biais des systèmes d'éducation afin d'empêcher la marginalisation et d'encourager l'insertion.

Pour prévenir la propagation de l'extrémisme violent en ligne et dans les prisons, des points complémentaires sont évoqués comme la séparation des détenus radicalisés des autres détenus ou encore l'effacement du contenu illégal propageant l'extrémisme violent sur Internet. Toutes ces propositions constituent autant d'hypothèses de *soft law*, de droit mou, non contraignant, visant à faire prendre conscience aux États de la nécessité de riposter, de façon concertée, au phénomène. Pourtant, la riposte au terrorisme est fréquemment – avant tout – nationale. En effet, l'émotion face aux actes perpétrés conduit les gouvernements à adopter, parfois en urgence, des textes nouveaux allant au-delà des exigences européennes et qui passent sous silence, dans certains cas, la question de la conformité de ces dispositions avec le droit de l'Union européenne. À ce titre, il n'est pas de meilleur exemple que la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale qui contient à la fois des dispositions nationales relatives au terrorisme, mais également la prévision d'adoption d'une ordonnance afin de transposer la directive (UE) 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 et adopter toute mesure de coordination et d'adaptation rendue nécessaire en vue de rendre plus efficace la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ainsi que de définir les modalités d'assujettissement aux mesures de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, de contrôle et de sanction de certaines professions et catégories d'entreprises autres que les entités mentionnées à l'article 2 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015.

Dans quelle mesure le droit de l'Union européenne influence-t-il le droit national en matière de terrorisme ? Le rapport de force ne s'inverse-t-il pas puisque c'est finalement le droit interne qui inspire les dispositions européennes ?

Le droit de l'Union européenne joue un rôle ambivalent en faisant appel au droit national pour légiférer et souvent incriminer (section I), mais aussi en garantissant les respects des droits individuels au sein de l'Union en contrôlant certaines décisions rendues affectant la liberté d'aller et de venir ou la citoyenneté (section II).

Section I – Un effet concret d'appel au droit national à des fins répressives

Le droit de l'Union européenne a conduit à l'adoption de dispositions nouvelles afin de lutter contre le terrorisme. Si certaines répondent à la volonté de moderniser la répression pour adapter celle-ci aux nouvelles formes de terrorisme (§ 1), d'autres, plus discutées, ont conduit à la pénalisation des actes préparatoires (§ 2).

§ 1 : Une modernisation nécessaire de la répression pénale du financement du terrorisme

Le droit positif relatif au terrorisme a dû s'adapter. En droit interne, la période récente a vu l'adoption de nombreuses lois. Ainsi, la première législation dédiée spécialement au terrorisme

réside dans la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 adoptée suite à une vague d'attentats. Le texte instaure des règles de compétence dérogatoires à l'instar des cours d'assises sans jury compétentes pour juger les actes terroristes et aggravent les sanctions en matière de terrorisme tout en instaurant un statut de repentir qui permet soit une diminution de la sanction pénale, soit une absence de sanction selon les circonstances. Les infractions terroristes sont essentiellement des infractions de droit commun commises avec un mobile terroriste. La réglementation relative au terrorisme figure alors exclusivement dans le code de procédure pénale qui le définit. Le nouveau code pénal ne rompt pas avec cette analyse, mais insère la définition des infractions terroristes, jusqu'ici figurait à l'article 706-16 du code de procédure pénale, au sein du Livre IV du code pénal¹⁰. Si cette innovation formelle paraît peu importante, il n'en demeure pas moins que quelques nouveautés, sur le fond, attirent l'attention. Par exemple, une infraction spécifique au terrorisme est créée, à savoir le terrorisme écologique¹¹. Les réformes ultérieures ont progressivement allongé la liste des infractions terroristes. Ainsi en est-il des lois n° 96-647 du 22 juillet 1996, n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et n° 2003-239 du 18 mars 2003 qui ont incriminé à titre autonome l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste¹², le financement du terrorisme¹³ et la non-justification de ressources correspondant à son train de vie tout en entretenant des relations habituelles avec un terroriste¹⁴. Pour s'adapter au terrorisme, le législateur est de nouveau intervenu par le biais de lois dédiées à savoir la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers qui permet, dans certaines conditions bien spécifiques, une garde à vue pouvant aller jusqu'à six jours en matière de terrorisme¹⁵ et la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme qui crée notamment un cas de compétence spécifique

10 - Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relative à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique.

11 - C. P., art. 421-2.

12 - C. P., art. 421-2-1.

13 - C. P., art. 421-2-2.

14 - C. P., art. 421-2-3.

15 - C. P. P, art. 706-88.

au terrorisme¹⁶. De plus, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme crée de nouvelles incriminations comme la participation individuelle à une entreprise terroriste¹⁷ ainsi que des dispositions visant à interdire le territoire national. Enfin, avant que les lois de 2016 ne soient adoptées, la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a légalisé et encadré ces techniques.

Le droit de l'Union européenne a accompagné et même initié ce mouvement sur certains points.

Ainsi, le droit de l'Union européenne s'est attaqué relativement tôt au financement du terrorisme. Ont ainsi été édictées des mesures restrictives aux mouvements de capitaux¹⁸.

En effet, le terrorisme ne dispose pas de réseaux de financement propres, les terroristes ont donc recours aux réseaux classiques de financement d'une activité criminelle, notamment les réseaux de la criminalité financière et plus précisément du blanchiment. Longtemps, la lutte contre le financement du terrorisme a pris la forme de la lutte contre les formes classiques du soutien au terrorisme. En réaction à plusieurs attentats, l'Union européenne avait adopté la Recommandation du Conseil du 9 décembre 1999 sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme 1999/C 373/01 ainsi que la position commune 2001/154/PESC du Conseil du 26 février 2001 concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre des talibans, permettant d'assurer le gel des avoirs des terroristes.

Puis, suite aux attentats du 11 septembre 2001, les États membres ont décidé de mettre en œuvre collectivement les mesures de gel des avoirs imposées par la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies, par le recours aux instruments combinés du premier et du deuxième pilier de l'Union européenne. La position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme impose le gel des fonds de personnes à l'encontre desquelles est ouverte une enquête en matière terroriste, et qui sont énumérées par une liste.

16 - C. P., art. 113-13.

17 - C. P., art. 421-2-6.

18 - Position commune du Conseil de l'Union européenne 2001/931 du 27 décembre 2001 et Règlement du Conseil n° 2580/2001 du 27 décembre 2001 (ainsi que les actes qui les ont modifiés).

La mise en œuvre de cette disposition est assurée par le règlement 2580/2001/CE 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. Ce règlement impose des obligations aux organismes bancaires dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, notamment le gel des fonds de personnes répertoriées dans une liste. Cette liste résulte d'une décision adoptée par le Conseil dans le cadre du premier pilier communautaire, la décision 2001/927/CE du Conseil du 27 décembre 2001 établissant la liste concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Cette liste est régulièrement mise à jour et notamment par la position commune 2008/347/PESC du Conseil du 29 avril 2008 mettant à jour la position commune 2001/931/PESC¹⁹. À côté de ces instruments a été adoptée une position commune à vocation plus générale n° 2001/930 PESC du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme. Son article 1^{er} impose aux États membres d'ériger en crime « la fourniture ou la collecte délibérée par des citoyens ou sur le territoire de chacun des États membres de l'Union européenne, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser, ou dont on sait qu'ils seront utilisés, pour perpétrer des actes de terrorisme ». Enfin, depuis le 26 octobre 2005, les outils européens de lutte contre le financement du terrorisme sont complétés par la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme²⁰ modifiée par la directive 2008/20/CE du 11 mars 2008.

19 - L. Benoit, La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne, RDUE 2002, n° 2, p. 283.

20 - Sur sa transposition en droit interne, V. notamment C. Cutajar, Le nouveau droit du blanchiment et du financement du terrorisme - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, JCP G 2009, act. 70 ; La transposition de la 3e directive blanchiment enfin achevée ! - À propos du décret du 16 juin 2010, JCP G 2010, 718.

Le droit interne reprend ces dispositions au sein des articles L. 562-1²¹ et suivants du code monétaire et financier²² et prévoit une compétence conjointe aux ministres de l'économie et de l'intérieur pour décider d'une telle mesure. Toutefois, s'agissant de la définition des agissements terroristes, le texte va explicitement faire référence à des sources du droit de l'Union européenne.

Le droit de l'Union européenne sert alors d'inspiration au droit interne qui est susceptible de relayer et de le dépasser. Ainsi, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale contient un chapitre incriminant de nouveaux agissements afin d'améliorer la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme dont le trafic de biens culturels soustraits sur un territoire soumis au terrorisme²³.

Un constat similaire semble pouvoir être fait concernant des dispositions plus polémiques.

§ 2 : Une pénalisation discutée d'agissements plus éloignés du terrorisme

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, le législateur se dirige vers une extension progressive du régime des infractions

21 - « Sans préjudice des mesures restrictives spécifiques prises en application de règlements du Conseil de l'Union européenne et des mesures prononcées par l'autorité judiciaire, le ministre chargé de l'économie et le ministre de l'intérieur peuvent, conjointement, décider le gel, pour une durée de six mois, renouvelable, de tout ou partie des fonds, instruments financiers et ressources économiques détenus auprès des organismes et personnes mentionnés à l'article L. 562-3 qui appartiennent à des personnes physiques ou morales qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, définis comme il est dit au 4 de l'article 1er du règlement (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, y incitent, les facilitent ou y participent et à des personnes morales détenues par ces personnes physiques ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles au sens des 5 et 6 de l'article 1er du règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001, précité. Les fruits produits par les fonds, instruments et ressources précités sont également gelés ».

22 - Il s'agit du dispositif national de gel terroriste.

23 - Voir notamment l'article 322-3-2 nouveau du code pénal : « Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende le fait d'importer, d'exporter, de faire transiter, de transporter, de détenir, de vendre, d'acquérir ou d'échanger un bien culturel présentant un intérêt archéologique, artistique, historique ou scientifique en sachant que ce bien a été soustrait d'un territoire qui constituait, au moment de la soustraction, un théâtre d'opérations de groupements terroristes et sans pouvoir justifier la licéité de l'origine de ce bien ».

terroristes à des infractions de droit commun et à la pénalisation d'actes préparatoires.

S'agissant de l'extension du régime terroriste à de nouvelles infractions, une ambiguïté résulte des dispositions de l'article 421-1 du code pénal qui vise « les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du présent code ». La référence aux « extorsions » est source d'incertitude car « l'extorsion » constitue à la fois l'intitulé d'un chapitre et celui d'une section de ce même chapitre. Concrètement, cette incertitude fonde la question de l'inclusion du chantage dans le champ du terrorisme. Les auteurs de la circulaire d'application du code pénal estiment que l'article 421-1 du code pénal vise « les extorsions, qu'elles soient de nature délictuelle ou criminelle, prévues par les articles 312-1 à 312-7 de la section 1 du chapitre II du titre Ier », ce qui exclut le chantage. La solution semble logique d'un point de vue criminologique, tant le chantage au sens de l'article 312-10 du code pénal paraît éloigné de toute pratique terroriste. La question de l'intégration du chantage dans la liste des infractions terroristes est toutefois réapparue au cours des débats parlementaires relatifs à la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 et ce, en prenant appui directement sur le droit de l'Union européenne. Des amendements ont été déposés tendant à viser explicitement le délit de chantage dans l'article 421-1 du code pénal. Ainsi, il aurait été nécessaire de mettre le droit interne en conformité avec la décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme, dont l'article 3 modifié par la décision-cadre du 28 novembre 2008 impose aux États de « considér[er] comme des infractions liées aux activités terroristes (...) : le chantage en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1^{er} ». L'amendement n'a finalement pas été adopté. En effet, selon le rapport sénatorial « la répression du chantage comme acte de terrorisme n'est pas apparu pertinente au regard de la définition que le code pénal, donne à cette infraction à l'article 312-10 du code pénal (...). Dans cette acception, le chantage –délit d'atteinte aux biens– ne peut être compris comme un moyen de forcer une personne à commettre un acte terroriste ». Le droit interne conserve donc une certaine marge d'autonomie pour définir les incriminations.

Pourtant, le droit de l'Union européenne a conduit à l'adoption de nouvelles infractions. Toutefois, il convient de relever que celui-ci

est également parfois influencé par le droit international et le droit du Conseil de l'Europe. Ainsi, la nécessité d'incriminer l'incitation au terrorisme est d'abord apparue dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme²⁴ et la résolution n° 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

La Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme exige des États contractants qu'ils érigent en infraction pénale « la provocation publique à commettre une infraction terroriste (...) lorsqu'elle est commise illégalement et intentionnellement »²⁵. L'incrimination doit concerner « 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 »²⁶. Si la provocation indirecte doit être punissable, il faut établir un lien de causalité entre cet acte et un danger subséquent mais non réalisé. En revanche, il n'est pas exigé que l'incitation au terrorisme soit conçue comme une infraction terroriste, mais comme une infraction grave, liée à des infractions terroristes.

Proposant une réévaluation de la stratégie internationale de lutte contre le terrorisme, la résolution n° 1624 (2005) du Conseil de sécurité appelait les États à « interdire par la loi l'incitation à commettre des actes de terrorisme » et à « empêcher toute incitation à commettre de tels actes ».

La mise en œuvre de ces instruments a conduit à modifier la décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme. Désormais, au titre des « infractions liées aux activités terroristes », les États doivent incriminer la provocation publique à commettre une infraction terroriste²⁷ de la décision-cadre n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, telle qu'elle résulte de sa modification par la décision-cadre n° 2008/919/JAI du 28 novembre 2008. La définition reprend celle de la Convention de Varsovie.

24 - Convention de Varsovie, 16 mai 2005, n° STE 196.

25 - Conv. de Varsovie, art. 5.2.

26 - Conv. de Varsovie, art. 5.1.

27 - Article 3.2.a. de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008.

Chronologiquement, le droit national avait déjà pénalisé de tels agissements. La première incrimination sous une qualification terroriste d'un acte de provocation résultait de la loi du 17 juin 1998. À cette occasion, a été incriminée²⁸ et intégrée à la liste de l'article 421-1 du code pénal, la provocation à employer une arme ou un produit chimique, à fabriquer, acquérir, détenir ou faire le commerce de telles armes ou produits, ou de munitions chimiques. Sur ce fondement, sont réprimées non seulement les provocations suivies d'effet, mais aussi les provocations « infructueuses ». En outre, l'incrimination n'est pas limitée à certains modes de provocation, mais permet de réprimer « le fait de provoquer, d'encourager ou d'inciter quiconque de quelque manière que ce soit » à commettre un acte de terrorisme chimique.

À cette même fin, la loi n° 2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs a introduit dans le code de la défense de nouvelles infractions de provocation. Ces infractions sont désormais visées par l'article 421-1 du code pénal, et sont ainsi susceptibles de recevoir une qualification terroriste lorsqu'elles sont commises en relation avec une entreprise terroriste.

On constate que le droit de l'Union constitue une justification utile à une criminalisation des agissements. En effet, à l'occasion de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, l'apologie du terrorisme a quitté la loi du 29 juillet 1881 pour se déspecialiser et faire son entrée au sein du code pénal²⁹. Dès lors les poursuites se sont multipliées et les peines prononcées sont devenues plus sévères. Le droit de l'Union européenne sert alors d'alibi politique.

De même, la transposition de la décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme a conduit à punir certaines tentatives de participation à une association de terroristes. En son article 2, la décision-cadre exige en effet qu'une différence répressive soit respectée entre la participation à un groupement terroriste et l'organisation d'un tel groupement. Par la loi du 9 mars 2004, le législateur a intégré cette distinction en droit interne : la direction d'un groupement terroriste est depuis lors un

28 - C. déf., article L. 2342-61.

29 - C. P., art. 421-2-5.

crime³⁰. Le mouvement de criminalisation a été poursuivi par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006. Par le jeu d'une nouvelle circonstance aggravante, cette loi a criminalisé certains comportements de participation à un groupement terroriste. Désormais, une peine de réclusion criminelle est encourue pour toute participation à une association établie en vue de préparer un ou plusieurs crimes contre la vie, l'intégrité ou la liberté des personnes – visés à l'article 421-1, 1° du code pénal –, une ou plusieurs destructions par substances explosives ou incendiaires ou encore un acte de terrorisme écologique lorsqu'ils sont susceptibles d'entraîner la mort³¹. Tenter de participer ou d'organiser l'un quelconque de ces groupements est donc punissable. Seule échappe à la répression la tentative de participation à un groupement ayant pour but de commettre des atteintes aux biens ne présentant aucun danger pour les personnes.

L'introduction de degrés dans la répression de l'association de terroristes est inspirée par le droit de l'Union européenne. Les articles 2-2 et 5-3 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme imposent, en effet, aux États membres, non seulement d'incriminer les différents niveaux de participation à un groupement terroriste, mais également d'adapter la sanction encourue. Ainsi, aux termes de l'article 5-3, la direction d'un groupe terroriste ne devrait pas faire encourir une peine maximale inférieure à quinze ans (ou huit ans lorsque le groupement a seulement pour but de menacer de commettre des infractions terroristes), et la participation à un tel groupe ne devrait pas faire encourir une peine maximale inférieure à huit ans. Il faut toutefois noter que les actes terroristes projetés par le groupement sont, au sens de la décision-cadre, exclusivement des infractions d'action terroriste. Au contraire, en droit interne, la simple participation à un groupement qui aurait pour but de fabriquer des faux documents d'identité, dès lors qu'elle est commise dans un contexte terroriste, fait déjà encourir dix ans d'emprisonnement.

Ce mouvement de criminalisation de la participation à une association de terroristes se justifie également par la fonction assignée à cette incrimination. Puisque cette infraction constitue le pilier de la lutte contre le terrorisme et le principal fondement des

30 - C. P., art. 421-5.

31 - C. P., art. 421-6.

poursuites, elle doit permettre de prévenir la commission d'actions terroristes (qui est sa vocation d'infraction-obstacle), sans toutefois sacrifier les intérêts de la répression. Un arrêt récent illustre l'intérêt de criminaliser certaines participations à un groupement terroriste³². Un individu qui avait suivi un entraînement militaire en Afghanistan, et qui entretenait des relations suivies avec des individus ayant prêté allégeance à *Al Qaida*, préparait un attentat sur l'île de la Réunion, a été condamné pour participation à une association de terroristes. Interpellé lors des actes préparatoires, il ne pouvait être poursuivi pour tentative d'assassinats ou de destructions de biens : il a été condamné à neuf ans d'emprisonnement assorti de la période de sûreté maximale des deux tiers. Si les faits avaient été commis après l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, la qualification de participation à une association de terroristes ayant pour but de commettre une infraction dangereuse pour les personnes aurait pu être retenue.

Tout ce mouvement de criminalisation a conduit le législateur à créer de nombreuses infractions obstacles qui vont souvent au-delà des exigences européennes, à l'instar de l'entreprise individuelle terroriste³³. Or, s'il est impossible de nier la compétence nationale pour ériger des incriminations, des interrogations existent nécessairement quant à leur efficacité face à une menace globale. Plus encore, les réseaux sociaux ne connaissent pas les frontières, un droit national – seul – ne peut être efficace. Or, ne pas appliquer un interdit crée le sentiment d'impunité et conduit finalement à rendre les normes pénales ineffectives. Dès lors, s'il semble bien que l'influence du droit de l'Union européenne connaît quelques spécificités dans la mesure où le droit national lui préexiste souvent et sert même souvent d'inspiration à celui-ci, il n'en demeure pas moins qu'il est indispensable de recourir au droit de l'Union européenne à des fins d'efficacité, la menace étant européenne et les droits nationaux s'avérant insuffisants. Toutefois, le droit de l'Union européenne joue également pleinement son rôle de neutralisation des droits nationaux dès lors que les dispositions internes affectent des droits garantis par l'Union.

32 - Cass. crim. 9 avril 2008, n° 07-87.026.

33 - C. P., art. 421-2-6.

Section II – Un effet abstrait de neutralisation à des fins humanistes

Bien que cela ne soit pas la tâche première du droit pénal, celui-ci joue, en matière pénale, un rôle préventif. À ce titre, le droit de l'Union européenne pose des limites à la possibilité de refuser le séjour des étrangers (§ 1) ou à la déchéance de nationalité (§ 2).

§ 1 : L'indispensable caractérisation de soupçons pour refuser le séjour des étrangers

La loi du 13 novembre 2014 a créé une interdiction administrative du territoire national aux articles L. 214-1 s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile³⁴.

La procédure repose sur une décision du ministre de l'intérieur, écrite et motivée – « à moins que des considérations relevant de la sûreté de l'État ne s'y opposent »³⁵, ce qui est un critère excessivement flou – et non contradictoire. Un recours administratif est néanmoins ouvert.

La durée de la mesure est illimitée, mais le bien-fondé de la mesure doit être examiné tous les cinq ans³⁶ et l'étranger peut introduire une demande de levée de la mesure dans le délai d'un an après son prononcé. Le silence de l'administration pendant quatre mois vaut rejet³⁷.

34 - E. Dreyer, Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme, *Gaz. Pal.* 24 févr. 2015, p. 22.

Article L. 214-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile :

« Tout ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ou tout membre de la famille d'une telle personne peut, dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ».

Article L. 214-2 :

« Tout ressortissant étranger non mentionné à l'article L. 214-1 peut, dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France. »

35 - C.E.S.E.D.A, art. L. 214-3.

36 - C.E.S.E.D.A, art. L. 214-6.

37 - C.E.S.E.D.A, art. L. 214-5.

La violation de l'interdiction est constitutive d'une infraction pénale³⁸, faisant encourir une peine de trois ans d'emprisonnement. Le dispositif est complété, sur le territoire français, et à l'égard des étrangers soumis, dans l'attente de l'exécution d'une peine d'interdiction du territoire ou d'une procédure d'expulsion, à une mesure d'assignation à résidence, par la possibilité, pour le ministre de l'intérieur, de compléter cette assignation d'une interdiction d'entrer en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes désignées, dont le comportement est lié à des activités terroristes³⁹. L'interdiction est possible « si la préservation de la sécurité publique l'exige ». Elle est prononcée par le ministre de l'intérieur, par une décision écrite et motivée, pour une durée de six mois renouvelable. Le texte est silencieux sur les recours, mais il semble que le référé-liberté soit ouvert, dès lors que la mesure porte atteinte au droit fondamental au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé. La violation de cette interdiction est également constitutive du délit incriminé par l'article L. 624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Aucune décision de la Cour de justice de l'Union européenne ne porte sur ce point, certainement en raison de son caractère récent. En effet, une partie de la doctrine s'interroge sur le point de savoir si l'interdiction d'entrer en contact ne devrait pas résulter d'une décision de justice, non du ministre.

De même, le statut de réfugié est susceptible d'être retiré pour des raisons qui tiennent à la sécurité publique. La Cour de justice a eu l'occasion de préciser les conditions de révocation d'un titre de séjour accordé à un réfugié pour des motifs de protection de la sécurité publique⁴⁰.

En effet, selon l'article 21 paragraphe 3 de la directive « qualification »⁴¹, lorsque cela ne leur est pas interdit en vertu de leurs obligations internationales, les États membres peuvent « peuvent refuser d'octroyer un titre de séjour à un réfugié qui entre dans le champ d'application [de l'article 21, paragraphe 2], le révoquer, y mettre fin

38 - C.E.S.E.D.A, art. L. 624-1.

39 - C.E.S.E.D.A, art. L. 563-1.

40 - CJUE, 1^{re} ch., 24 juin 2015, aff. C-373/13, H. T. c/ Land Baden-Württemberg, Europe n° 8-9, août 2015, comm. 306, note F. Gazin.

41 - Cons. UE, dir. 2004/83/CE, 29 avr. 2004, JOUE n° L 304, 2 mai 2004, p. 12.

ou refuser de le renouveler ».

La Cour estime que c'est à titre implicite que la directive 2004/83/CE autorise l'État membre concerné à révoquer un titre de séjour accordé à un réfugié lorsqu'il existe des raisons impérieuses liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public.

Selon la Cour, l'État qui délivre le statut de réfugié ne dispose que d'une compétence liée. Comme l'indiquent plusieurs dispositions de la directive, la reconnaissance dudit statut est un acte déclaratif et les États membres ne disposent à ce titre d'aucun pouvoir discrétionnaire. Qui plus est, le principe de non-refoulement est garanti en tant que droit fondamental par les articles 18 et 19, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le juge considère qu'un tel refoulement ne constitue pourtant que l'*ultima ratio* à laquelle un État membre peut recourir lorsqu'aucune autre mesure n'est possible ou suffisante pour faire face à la menace que ce réfugié fait courir à la sécurité ou à la société de cet État membre. Le juge se penche ensuite de manière plus approfondie sur la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique ». L'option retenue est un raisonnement par analogie avec les notions de « sécurité publique » et d'« ordre public » énoncées aux articles 27 et 28 de la directive 2004/38/CE relative au droit de séjour du citoyen⁴². Les actes de terrorisme international sont, d'une manière générale et indépendamment de la participation d'un État, contraires aux buts et aux principes des Nations Unies⁴³. En l'espèce, le soutien apporté par un réfugié à une organisation se livrant à des actes terroristes constitue, en principe, une circonstance susceptible d'établir que les conditions d'application de la dérogation sont réunies. Toutefois, d'autres éléments d'appréciation supplémentaires s'avèrent nécessaires. En particulier, il est exclu que la simple mention sur une liste de personnes soupçonnées de terrorisme suffise à priver un réfugié de son titre de séjour. La juridiction de renvoi doit examiner le rôle qu'a effectivement joué l'intéressé dans le cadre de son soutien à cette organisation, en recherchant notamment s'il a lui-même commis des actes de terrorisme ou à aider à les commettre. La simple participation à des réunions légales et à la célébration du nouvel an kurde, ainsi qu'à la collecte de dons pour

42 - PE et Cons. UE, 29 avr. 2004, JOUE n° L 158, 2 mai 2004, p. 77.

43 - CJUE, 9 nov. 2010, aff. jtes C-57/09 et C-101/09, B et D, Europe 2011, comm. 13, obs. D. Simon.

cette organisation n'implique pas, nécessairement, que l'auteur de ces actes aurait soutenu la légitimité d'activités terroristes. *A fortiori*, des actes de cette nature ne constituent pas, par eux-mêmes, des actes de terrorisme.

La Cour considère donc que les soupçons d'appartenance à une mouvance terroriste doivent être étayés. Il en est de même s'agissant des mesures liées au renseignement, lesquelles doivent être fondées sur la dangerosité potentielle d'une situation. L'indice sur lequel repose ces soupçons doit être établi⁴⁴. Ainsi, la Cour de justice, interrogée, au moyen d'une question préjudicielle, à propos de la validité de la directive 2006/24 qui imposait aux opérateurs de sauvegarder l'ensemble des données de connexion de leurs abonnés pendant une durée déterminée et de les tenir à disposition des autorités a invalidé ladite directive en condamnant le principe d'une collecte indifférenciée des données personnelles pour lesquelles il n'existe « aucun indice de nature à laisser penser que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves » car, ce faisant, l'ingérence dans la vie privée n'était pas « précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire ». Le Conseil constitutionnel n'a pas adopté une position similaire lorsqu'il a eu à connaître de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁴⁵. Ainsi, l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure qui énumère les finalités de l'activité de renseignement a été validé car le Conseil relève que les techniques de renseignement devront être proportionnées à la finalité poursuivie, sous le contrôle de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement et du Conseil d'État.

Toujours dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne a également invalidé le dispositif du *Safe Harbor* qui permettait le transfert de données de l'Europe vers les États-Unis sur le fondement

44 - CJUE, 8 avr. 2014, aff. C-293/12, Assoc. Digital rights Ireland Ltd et aff. C-594/12, Mickael Seitlinger (aff. jointes).

45 - O. Desaulnay et R. Ollard Le renseignement français n'est plus hors-la-loi. - Commentaire de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, Dr. pénal n° 9, septembre 2015, étude 17.

d'un mécanisme d'auto-certification⁴⁶. L'accès général et incontrôlé des autorités publiques américaines aux données des citoyens européens pour des raisons sécuritaires, accès dont l'ampleur a été révélée par *Edward Snowden*, viole, selon la Cour, les droits garantis par la Charte européenne des droits fondamentaux⁴⁷.

§ 2 : Le potentiel contrôle de toute décision affectant la nationalité européenne

Comment ne pas terminer cette contribution en évoquant le débat sur la déchéance de nationalité sous l'angle du droit de l'Union européenne ?

À ce titre, il convient de relever que selon l'article 20 paragraphe 1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « [i] est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

Le paragraphe 2 de cette disposition énumère ensuite les droits qui résultent de cette citoyenneté⁴⁸.

La citoyenneté européenne résulte de la citoyenneté d'un pays de l'Union européenne. Or, si la citoyenneté nationale est retirée, il serait logique qu'elle entraîne nécessairement une perte de la citoyenneté européenne.

46 - CJUE, gr. ch., 6 oct. 2015, aff. C-362/14, Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner.

47 - Articles 7, 8 et 47 de la Charte.

48 - « Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

- a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ;
- b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- c) le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- d) le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue.

Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci. »

Dès lors, la Cour de justice de l'Union européenne serait compétente pour contrôler la conventionalité de la mesure puisque suite à un retrait de nationalité, des droits conventionnellement garantis seraient également supprimés.

Plus encore, si la Cour de justice affirme avec constance que la définition des cas d'acquisition et de perte de la nationalité relève de la compétence de chaque État membre, elle ajoute que cette compétence doit s'exercer dans le respect du droit de l'Union et notamment des droits attachés à la qualité de citoyen européen. Une privation par un État membre de la nationalité d'un de ses nationaux équivaldrait à une perte de la citoyenneté européenne et pourrait être déférée à la Cour de justice⁴⁹. La Cour de justice a estimé qu'un retrait de nationalité devait être justifiée par un intérêt général et respecter un principe de proportionnalité. La commission d'une infraction semble correspondre à un intérêt général suffisant⁵⁰. S'agissant de la proportionnalité de la mesure, elle s'apprécie au regard des conséquences éventuelles d'une telle mesure sur les membres de la famille. La gravité de l'infraction, le temps écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et la possibilité d'en retrouver rapidement une autre sont également pris en compte.

Par ailleurs, si la déchéance avait été inscrite dans la Constitution, cela reviendrait pour la Cour de justice de l'Union européenne à déclencher à nouveau la « guerre des juges »⁵¹ tant redoutée suite à l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité⁵² qui a conféré un rôle accru au Conseil constitutionnel au point, pour certains, de le rapprocher d'une Cour suprême et ce, au détriment de la Cour de Justice de l'Union européenne. En effet, immédiatement après l'entrée en vigueur de la QPC, la Cour de cassation avait

49 - V. pour un retrait de naturalisation, CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Rottmann, Rev. crit. DIP 2010, p. 540, et la note ; sur l'ensemble, V. E. Pataut, Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique, RTDE 2010, p. 617 ; S. Corneloup, Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité, JDI 2011, doct. 7, p. 491.

50 - En effet, dans l'arrêt CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Rottmann précité, la Cour a estimé que la condition était remplie en cas de manœuvres frauduleuses.

51 - Expression empruntée à de B. Mathieu, La guerre des juges n'aura pas lieu - À propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel, JCP G n° 21, 24 mai 2010, 576.

52 - http://www.huffingtonpost.fr/././mikael-benillouche/decheance-nationalite-guerre-juges-droit_b_9458710.html.

transmis deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne dont l'une visait à faire reconnaître la supériorité du droit de l'Union européenne sur le droit constitutionnel. Or, si en droit de l'Union européenne, cette supériorité est énoncée⁵³, il va différemment en droit interne⁵⁴. Or, si la Cour de justice n'avait pas rappelé explicitement cette supériorité⁵⁵, prônant davantage un « dialogue des juges »⁵⁶, elle aurait l'occasion de contrôler l'application de dispositions constitutionnelles à l'occasion d'une mesure de déchéance de nationalité. Dès lors, il serait même envisageable de considérer qu'un recours en manquement contre le France soit exercé en la matière...

Quoiqu'il en soit, faute de majorité, le projet de réforme constitutionnelle a été abandonné.

En conclusion, il convient de constater le « grand écart » effectué par le droit de l'Union européenne en matière de terrorisme, plutôt manipulé et tardif concernant la criminalisation du phénomène, la Cour de justice fait preuve d'une grande audace dans son contrôle des droits internes, elle s'assume comme un « garde-fou » indispensable envers les excès auxquels peuvent aboutir les réformes nationales guidées par l'émotion et la peur. Finalement, en la matière, la protection des droits fondamentaux ne viendra peut-être pas exclusivement des juges de Strasbourg, mais certainement de ceux de Bruxelles...

53 - CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6-64, Costa c/ENEL ; 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal.

54 - CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286, Sarran, Levacher et a. : JurisData n° 1998-051062 ; Rec. CE 1998, p. 368 ; RFDA 1998, p. 1081, concl. C. Maugué ; RFDA 1998, p. 1094, note D. Alland ; RFDA 1999, p. 57, L. Dubouis, B. Mathieu et M. Verpeaux, O. Gohin ; AJDA 1998, p. 962, chron. F. Raynaud, P. Fombeur ; RDP 1999, p. 19, note J.-F. Flauss ; Cass. ass. plén., 2 juin 2000, Fraisse, n° 99-60.274 : JurisData n° 2000-002324 ; RDP 2000, p. 1037, note X. Prétot ; RGDIP 2000, p. 811, note F. Poirat ; D. 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; LPA 11 déc. 2000, p. 10, note P. Jan ; Gaz. Pal. 24-28 déc. 2000, note J.-F. Flauss.

55 - CJUE, gr. ch., 22 juin 2010, aff. C-188/10 et aff. C-189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli, JCP éd G 2010, doct. 801, n° 21, chron. QPC B. Mathieu.

56 - Selon l'expression de B. Mathieu, La guerre des juges n'aura pas lieu - À propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel, JCP G n° 21, 24 mai 2010, 576.

LA CRIMINALITÉ INFORMATIQUE, FAÇONNÉE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ?

Paul Cazalbou

Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole

Lorsqu'on se plonge dans la question de la criminalité informatique, plusieurs images viennent à l'esprit qui véhiculent leur lot d'idées reçues parfois franchement erronées.

La première de ces images est celle du « pirate » informatique¹ puisqu'il est difficile de trouver de la documentation relative à cette forme de criminalité qui n'emploie pas à l'envie le vocabulaire propre aux gens de fortune – flibustiers épris de liberté, écumant la toile, et ne se couchant devant personne ; sauf à devenir Corsaires lorsqu'ils sont engagés par un État pour faire la chasse aux pirates d'autres États. La seconde des images auxquelles on ne coupe pas est celle du cybercriminel exploitant les arcanes du réseau internet et les possibilités ouvertes par une technologie toujours plus pointue pour réaliser des infractions toujours plus délicates à appréhender. On n'est alors pas loin de voir en image subliminale, Néo, le personnage de la trilogie « Matrix » chassant le lapin blanc dans un univers *underground* où les seules lumières seraient celles des lignes de code apparaissant sur le fond noir d'un écran plat installé à l'arrière d'un garage ou dans les caves d'un immeuble.

Autant d'images récurrentes et pourtant loin de rendre compte de la réalité de la criminalité informatique².

1 - On a pu parler à leur égard de « formes de délinquances qui réinventent la piraterie » : E. Dreyer, Atteintes aux systèmes de traitement informatisés de données (Fraude informatique), *Lamy Droit pénal des affaires*, 2013, §727.

2 - Réalité qui est par ailleurs difficile à saisir comme le relevait le Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité dans un rapport de février 2014, p.15, en ces termes : « Jamais, un phénomène criminel n'a fait l'objet d'affirmations autant péremptoires quant à son importance et quant au préjudice qu'il induit, y compris de la part d'organisations internationales officielles. Pourtant, si l'ensemble des acteurs s'accordent sur cette importance et cette gravité, les sources d'information paraissent parcellaires et approximatives ».

Cette délinquance n'a bien souvent qu'un pur objet lucratif³, les exemples de fraudes informatiques réalisées dans le but de dévoiler ce que, par exemple, les États cachent aux citoyens étant, malgré quelques affaires médiatiques, assez anecdotiques, et faisant l'objet d'une appréhension pénale sous des qualifications sans lien avec les fraudes informatiques⁴.

La criminalité informatique n'impose pas non plus de connaissances techniques pointues. Il n'est ainsi pas nécessaire de savoir coder en langage machine pour réaliser l'infraction probablement la plus courante : l'arnaque dite « à la nigériane ». Arnaque qui consiste à adresser par centaine le même message à des inconnus leur réclamant de l'argent pour une cause louable et avec l'assurance d'un remboursement rapide voire même d'un bénéfice⁵. Aucune volonté de faire prévaloir la liberté ici, et pas de connaissance plus poussée de l'informatique que celle permettant d'envoyer un e-mail.

Pénalement, ce dernier comportement est très intéressant car, outre son qualificatif d'arnaque à la nigériane, il est parfois désigné comme « fraude 419 » ou « scam 419 »⁶ de l'article du code pénal nigérian l'incriminant. Or la lecture de cet article ne fait pas apparaître un comportement spécifiquement lié à l'informatique ou aux réseaux : il s'agit simplement du texte incriminant en droit nigérian, et dans des termes d'ailleurs très proches du droit français, l'escroquerie⁷.

3 - Le rapport 2013, dernier disponible en texte intégral, de l'Observatoire National de la Délinquance et des Réponses Pénales (ONRDP) est sans appel sur ce point. Les « escroqueries et infractions économiques et financières commises sur Internet » enregistrées pour l'année 2012 sont au nombre de 29.796 quand, sur la même période, les autres formes de délinquance informatique, atteintes aux systèmes, accès ou maintien frauduleux dans les systèmes ou encore la fourniture de moyen en vue de ces infractions, ne dépassent pas les 3000 occurrences enregistrées. V. p. 302 et 303 du rapport.

4 - Edward Snowden fait ainsi l'objet de poursuites sous les qualifications de divulgation non autorisée d'informations relatives à la défense nationale, de divulgation non autorisée de communications contenant des informations classifiées et de vol de biens appartenant au Gouvernement.

5 - Cette fraude a même les honneurs d'une page internet sur le site des ministères économiques et financiers : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Fraude-nigeriane-843>.

6 - L'expression est reprise, p. 161, dans le rapport 2013 de l'ONRDP sur la criminalité en France.

7 - L'incrimination est ainsi rédigée : « *Any person who by any false pretence, and with intent to defraud, obtains from any other person anything capable of being stolen, or induces any other person to deliver to any person anything capable of being stolen, is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for three years* ». On reconnaît ici les manœuvres frauduleuses, « *false pretence* », et la remise, « *obtains from any other person* », caractéristique de l'escroquerie.

La criminalité informatique, façonnée par le droit de l'union européenne ?

C'est donc que la criminalité informatique ne serait non seulement pas spécifique en elle-même mais que juridiquement elle ne nécessiterait pas non plus de textes particuliers puisque pouvant être réprimée par des incriminations classiques⁸. Tout au plus l'outil informatique serait le moyen de commettre des infractions de droit commun, rendant inutile l'édiction de textes nouveaux et n'imposant que des règles de procédure particulière pour appréhender ce nouveau mode de commission des infractions⁹.

La réalité du droit pénal informatique ou de la criminalité informatique n'est toutefois pas aussi simple en droit français contemporain et, selon une distinction très établie, il convient de la scinder selon que l'on vise, d'une part, les atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données (STAD) eux-mêmes, d'autre part, les atteintes réalisées par le moyen de l'outil informatique¹⁰.

Les premières font l'objet d'une division particulière du Livre III du code pénal consacré aux atteintes aux biens¹¹ tandis que les secondes font l'objet d'une appréhension à plusieurs titres. Il suffit ainsi bien souvent que les termes d'une incrimination ne mentionnent pas les moyens spécifiques mis en œuvre pour que, par hypothèse, l'outil informatique puisse y servir¹². Dans d'autres cas, toutefois, le législateur est plus explicite et consacre l'usage de l'outil informatique comme une circonstance aggravante d'une infraction de droit commun¹³. Enfin, il lui arrive même de consacrer des passages entiers du code aux atteintes portées, par exemple,

8 - En ce sens : J. Devèze, La fraude informatique - Aspects juridiques, JCP 1987. I. 3289, §3 et 4.

9 - Notamment des règles de compétence comme l'assez tardif article 113-2-1 du code pénal, introduit par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016, et selon lequel : « Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République ».

10 - Cette distinction formait le plan même d'un article de Raymond Gassin, Le droit pénal de l'informatique, D. 1986, chron. p. 35, qui distinguait « L'informatique, objet de délits » de « L'informatique, moyen de délits ». L'auteur ajoutait une autre distinction, « L'informatique, occasion de délits », qui, elle, n'a pas fait école.

11 - Art. 323-1 à 323-7 du code pénal.

12 - L'escroquerie de l'article 313-1 du code pénal en est l'exemple parfait.

13 - Ainsi de l'article 227-23 alinéa 3 du code pénal qui érige l'utilisation d'un « réseau de télécommunication » en circonstance aggravante de l'infraction de diffusion d'image à caractère pédopornographique.

aux données à caractère personnel par le moyen d'un système de traitement informatisé des données¹⁴.

C'est au sein de ces diverses dispositions que doit s'évaluer l'influence du droit de l'Union Européenne.

Et s'interroger sur cette influence, sur le fait de savoir si le droit de l'Union européenne a façonné cette criminalité, se justifie d'autant plus que, depuis le traité de Lisbonne, l'Union européenne dispose au titre de l'article 83 du TFUE d'une compétence relative à la définition des infractions et à la détermination des sanctions pour les cas de criminalité particulièrement graves et transfrontalières. La criminalité informatique est donc tout naturellement visée au titre des domaines de compétence en matière pénale de l'Union européenne par le deuxième alinéa de l'article 83. Toutefois, le traité de Lisbonne est encore une œuvre assez récente et, il faut le dire, la plus grande partie de la législation française en matière de criminalité informatique est antérieure à son adoption.

L'influence du droit de l'Union européenne sera donc envisagée à l'aune de l'ensemble des instruments européens y compris lorsqu'ils auraient été adoptés bien avant que l'Union se dote expressément d'une compétence en matière pénale. Il faut également relever que l'article 83 renvoie expressément à la définition des infractions et des sanctions applicables. L'influence de la norme européenne doit donc être examinée à l'égard des deux constantes de la norme d'incrimination : la norme de comportement et la norme de pénalité. Il ne faut, par ailleurs, pas non plus occulter le fait que le développement du réseau internet et la multiplicité des intervenants, notamment des intervenants techniques, impliqués par exemple dans la transmission d'un simple mail ou dans la publication d'un commentaire sur un forum de discussion, emporte de délicates questions quant à la mise en œuvre éventuelle de la responsabilité pénale de chacun lorsqu'une infraction est commise au moyen du réseau et de l'outil informatique. Il se pourrait donc bien que la norme européenne ait une influence sur ces règles de responsabilité.

Nous envisagerons donc dans un premier temps l'influence du droit de l'Union européenne sur les incriminations informatiques (section I) et son influence sur les règles de responsabilité (section II).

14 - Art. 226-16 à 226-24 du code pénal.

Section I - L'influence relative du droit de l'Union européenne sur les incriminations en matière « informatique »

L'influence des normes européennes doit être relativisée eu égard à la forte concurrence des normes nationales et internationales en matière d'atteintes aux STAD (§ 1). En ce qui concerne les atteintes réalisées aux moyens des STAD, ce phénomène de concurrence des normes, tout aussi patent, se double même d'un effet perturbateur du fonctionnement des incriminations dû à l'instabilité de la norme européenne (§ 2).

§ 1 : La norme européenne concurrencée en matière d'atteintes aux STAD

En ce qui concerne les atteintes portées à l'outil informatique, il faut être assez clair : la France s'est dotée d'outils de répression de manière précoce puisque l'incrimination des atteintes portées aux systèmes de traitement automatisé des données remonte à une loi 88-19 du 5 janvier 1988, dite « Godfrain », et qui rassemblait au sein des articles 462-2 et suivants du code pénal un nombre déjà conséquent de comportements punissables. En effet, en à peine six articles le législateur venait incriminer pas moins de dix comportements allant de la simple introduction dans un STAD à la modification même minimale des données qu'il était censé contenir¹⁵. La tentative de ces délits était également prévue de même que l'association de malfaiteurs en vue de leur commission¹⁶. Le périmètre de la répression était donc déjà impressionnant puisque ces atteintes aux STAD peuvent être considérées en elles même comme des infractions obstacles aux infractions qui pourraient être réalisées à travers l'exploitation frauduleuse du système piraté et que la tentative et l'association de malfaiteurs permettaient de rehausser le seuil d'intervention de la répression bien en amont de la réalisation effective de l'infraction. Ce périmètre était d'ailleurs d'autant plus large que le législateur avait fait preuve de concision dans la rédaction des textes et avait eu recours à des termes très généraux pour définir

15 - Comportements prévus, respectivement, par les articles 462-2 et 462-4 de l'ancien code pénal.

16 - Par les articles 462-7 et 8 de l'ancien code pénal.

les infractions en cause¹⁷. On voit donc assez mal quel espace le législateur français pouvait avoir laissé à l'Union européenne pour légiférer en la matière. On le voit d'ailleurs d'autant plus mal qu'en ce qui concerne les atteintes au fonctionnement des STAD l'Union européenne n'est encore intervenue que postérieurement à une convention du Conseil de l'Europe consacrée à la cybercriminalité de 2001¹⁸ et entrée en vigueur en France en mai 2006.

De tous ces instruments, celui adopté par l'UE, une décision-cadre de 2005¹⁹, est peut-être le moins complet puisque ne visant que l'accès illicite, l'atteinte à l'intégrité du système et celle portée aux données y compris la complicité et la tentative²⁰. La France, pour sa part, réprime ces atteintes bien au-delà de la simple tentative au moyen de l'association de malfaiteurs tandis que la Convention du Conseil de l'Europe prévoyait la répression de l'usage ou de la détention d'outil ou de moyen, logiciel ou matériel, permettant de réaliser ces infractions²¹. Ce n'est d'ailleurs qu'assez récemment que l'Union européenne a adopté une nouvelle directive réformant la précédente et intégrant la répression de la fabrication de ces outils²². On voit donc ici la concurrence à laquelle est soumise la norme européenne qui évolue presque systématiquement à la suite d'autres normes, nationales et internationales, qui ont donc contribué à la façonner.

De ce point de vue, l'influence du droit européen sur les infractions réalisées au moyen des STAD a peut-être été plus précoce et décisive quoiqu'on puisse constater, ici encore, la concurrence d'autres normes nationales et internationales ainsi que certaines perturbations due à l'instabilité des normes européennes.

17 - Il n'est pas rare de trouver dans ces textes les expressions marquantes d'un champ accru de la répression telles que « en tout ou partie », art. 462-2, « directement ou indirectement », art. 462-4, ou encore « quelle que soit leur forme », art. 462-5. Sur la capacité d'adaptation des termes employés aux évolutions de la technologie et une approche critique : E. Dreyer, *Atteintes aux systèmes de traitement informatisés de données (Fraude informatique)*, *Lamy Droit pénal des affaires*, 2013, §727.

18 - Convention, STE-185, sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001.

19 - Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information.

20 - Art. 2 à 5 de la décision-cadre 2005/222/JAI.

21 - Art. 6 de la convention de 2001 sur la cybercriminalité.

22 - Art. 7 de la directive 2013/40/UE du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil.

§ 2 : La norme européenne également perturbatrice en matière d'atteintes au moyen des STAD

Si l'on laisse de côté la question des seules atteintes aux systèmes de traitement des données pour s'intéresser dans un second temps aux atteintes réalisées au moyen des STAD, on peut évaluer l'influence de la législation de l'Union Européenne sur plusieurs incriminations françaises.

Cette influence peut s'apprécier, dans un premier temps, au regard des textes venant prévoir la répression de la pédopornographie et de sa diffusion par internet.

Sous l'empire de l'ancien code pénal la question de la pédopornographie était réprimée lorsqu'elle pouvait rentrer dans les incriminations assurant la répression des atteintes aux mœurs²³. L'usage de ces textes, non spécifiques, pouvait toutefois s'avérer hasardeuse et le législateur a saisi l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal pour établir une incrimination spécifique à la pédopornographie réprimant « le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit » l'image d'un mineur lorsqu'elle présente un caractère pornographique²⁴.

En ce qui concerne l'Union européenne, c'est par une action commune, norme peu contraignante, du 24 février 1997 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants qu'elle vient prévoir l'incrimination de cette exploitation « aux fins de la production de spectacle ou de matériel à caractère pornographique »²⁵ et, notamment la répression de « la vente et de la distribution ou d'autres formes de trafic de matériel »²⁶ pédopornographiques, dont on imagine qu'elle pouvait donc être effectuée par tout moyen, y compris informatique. Le législateur français respectait donc déjà les dispositions européennes mais réagit toutefois à l'action commune par une loi n°98-468 du 17 juin 1998 en prévoyant une aggravation des sanctions lorsque la diffusion ou la représentation

23 - V. M.-L. Rassat, J. Cl. Pénal code, art. 227-23 et 227-24, Fasc. 20, §1 et s.

24 - Alinéa 2 de l'article 227-23 du code pénal en sa rédaction lors de son entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994.

25 - Titre II, A, a), de l'action commune du 24 février 1997 adopté 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.

26 - Titre I, A, ii), c) de l'action commune.

d'une image pédopornographique aura été réalisée au moyen d'un réseau de télécommunication et à destination d'un public non déterminé²⁷. Il semble donc bien, qu'ici encore, le législateur allait plus loin que ce que le droit de l'Union Européenne exigeait²⁸. On ajoutera que la Convention, déjà citée, du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité comportait également des dispositions de même nature prévoyant la répression de la pédopornographie réalisée par système informatique²⁹. Enfin, les développements récents de ces dispositions à l'échelle européenne confirment l'avance persistante de la législation nationale puisque la répression de la simple consultation de pédopornographie au moyen des technologies de l'information et de la communication, prévue par une directive du 13 décembre 2011³⁰, était incriminée en droit français depuis 2007. On remarquera d'ailleurs, concernant la norme de pénalité, que le législateur avait pris les devants en prévoyant pour ce comportement une peine de deux ans d'emprisonnement quand la directive n'imposait pour sa part qu'un an d'emprisonnement³¹.

L'influence de la législation européenne est donc toute relative en matière de pédopornographie réalisée au moyen des STAD.

Nous allons voir qu'elle ne se fait pas plus sentir quant à la répression des atteintes aux données personnelles par l'usage de l'outil informatique et qu'elle se double même d'un effet perturbateur

27 - Est alors créé un alinéa 3 de l'article 227-23 ainsi rédigé : « Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de télécommunications ». Cette loi était également l'occasion d'élargir encore un peu plus le champ de la répression en visant non plus seulement « l'image » du mineur mais également sa « représentation » sous quelque forme que ce soit. Les textes étaient de surcroît désormais applicables aux images ou représentation d'une « personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur ».

28 - On pourrait même estimer qu'il a attiré l'attention de l'Union européenne sur l'utilisation des réseaux informatiques en la matière puisque la Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie est venu se substituer au texte de l'action commune en précisant dans son article 3 que ces divers comportements, y compris la diffusion et la détention, devaient être punis qu'ils aient impliqués ou non l'usage d'un système informatique.

29 - Art. 9 de la convention, STE-185, sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001.

30 - Art. 5.1 de 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 et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil.

31 - Article 5.1 de la directive 2011/92/UE.

lié à l'instabilité des normes à l'échelle européenne.

En la matière, la législation française est également ancienne. La réglementation du traitement des données par l'outil informatique, si elle n'a pas toujours figuré dans le code pénal faisait l'objet de dispositions pénales aux articles 41 et suivants de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et libertés ». Intégrées au code pénal au sein des articles 226-16 et suivants, ces dispositions fonctionnent dans une large mesure comme des incriminations par renvoi prévoyant la sanction d'une extrême variété de comportements. Certaines visent directement le non respect des règles posées par la loi de 1978 pour le traitement automatisé des données personnelles comme l'article 226-16 alinéa 2, tandis que d'autres sont autonomes telles que l'alinéa 1 du même article prévoyant la répression du fait « de procéder ou de faire procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives sans prendre toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité de ces informations »³².

La législation française est donc déjà forte, au moins dans le code pénal, de sept textes incriminateurs répertoriant plusieurs comportements susceptibles de porter atteinte à l'intégrité des données personnelles au moyen de l'outil informatique au moment où l'Union européenne commence à s'intéresser au traitement des données personnelles, c'est-à-dire par une directive du 24 octobre 1995³³. Directive qui intervient, encore une fois, alors qu'une convention internationale avait déjà été adoptée par le Conseil de l'Europe dès 1981³⁴ sur la question du traitement automatisé des données à caractère personnel. La comparaison entre la directive du 24 octobre 1995 et ce dernier texte est d'ailleurs édifiante. La définition des données à caractère personnel est identique et désigne « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable »³⁵. La définition du « maître du fichier » ou du « responsable du traitement », malgré le changement de dénomination, n'en est pas moins très proche

32 - Dont on peut se demander assez légitimement s'il est bien conforme au principe de la légalité criminelle tant les termes de l'incrimination sont vagues.

33 - Directive 95/46/CE du Parlement et du conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

34 - Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, STE-108, du 28 janvier 1981 entrée en vigueur, en France, dès 1985.

35 - Art. 2.a de la convention et article 2 de la directive.

en ce qu'elle vise « celui qui détermine la finalité du traitement et ses modalités »³⁶. On retrouve même dans la convention du Conseil de l'Europe des dispositions concernant le transfert de données à caractère personnel vers d'autres États qui peut être interdit dans des termes très proches de ceux employés par la directive de 1995 « si la réglementation du destinataire n'accorde pas une protection équivalente »³⁷. Il s'agit ici du précurseur de la fameuse notion de « *safe harbor* » sur lequel la CJUE est revenue récemment.

L'impact de la transposition de la directive de 1995 par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel est donc forcément limité quant au périmètre de la répression³⁸ et se double *a posteriori* d'un effet perturbateur à l'égard de certaines incriminations bien particulières. En effet, cette transposition était l'occasion d'intégrer au code pénal un article 226-22-1 réprimant le fait « hors les cas prévus par la loi, de procéder ou de faire procéder à un transfert de données à caractère personnel faisant l'objet ou destinées à faire l'objet d'un traitement vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne en violation des mesures prises par la Commission des Communautés européennes ou par la Commission nationale de l'informatique et des libertés mentionnées à l'article 70 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ». Ce texte pose l'incrimination de la transmission de données personnelles vers un État qui n'assurerait pas un degré équivalent de protection des données personnelles et marque par le double renvoi effectué. Renvoi, tout d'abord, aux mesures prises par la Commission européenne, dont on sait que relativement à l'échange de données avec les États Unis d'Amérique, elles ont précisément fait l'objet d'une annulation par la CJUE estimant que les conditions du transfert cet État ne permettaient pas de garantir un niveau de

36 - Art. 2.d de la convention et article 2.d de la directive.

37 - Art. 12.3.a de la convention.

38 - On a d'ailleurs pu dire que les dispositions de la directive de 1995 « confortent, pour l'essentiel, les principales règles de la loi de 1978 et la doctrine de la CNIL » : J. Frayssinet, J. Cl. Pénal code, art. 226-16 à 226-24, fasc. 20, §19. V. pour un aperçu exhaustif et critique de la dimension pénale de la LCEN : A. Lepage, Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel, Dt. Pénal 2005, étude n°5.

protection équivalent³⁹. Renvoi, ensuite, aux mesures que la CNIL pourrait prendre au titre de l'article 70 de la loi de 1978 pour refuser un transfert dans l'attente d'une décision de la commission européenne. Le droit de l'Union européenne, s'il a été décisif dans l'édification de cette incrimination, a également, par son instabilité, contribué à sa paralysie. Quelle attitude adopter, en effet, à l'égard de tous les transferts de données effectués en application de l'accord « *Safe Harbor* » avant qu'il ne soit annulé ? Des auteurs ont pu estimer que, l'accord disparaissant rétroactivement, ces transferts avaient perdu toute assise légale et tombaient sous le coup de sanction pénale⁴⁰. Le G29, pour sa part, préférerait inviter les États européens à une certaine indulgence en n'envisageant de sanction que pour les éventuels transferts de données postérieurs à la décision de la Cour⁴¹. Pour notre part, nous nous demanderons comment des transferts de données antérieurs auraient pu être effectués en violation des mesures prises par la Commission, comportement réprimé par le texte incriminateur, quand ces mêmes mesures, du fait de leur annulation, sont réputées n'avoir jamais existé.

On le voit donc, il est difficile de trouver des domaines où le droit européen aurait réellement façonné les incriminations françaises en matière de criminalité informatique. Cette situation n'a toutefois rien de choquant. La législation européenne n'est pas exclusivement destinée à la France et d'autres États membres ont pu bénéficier de ces textes. Peut-être plus intéressante peut paraître l'influence du droit de l'Union sur les règles de responsabilité applicables aux différents intervenants sur le réseau informatique.

Section II - L'influence plus décisive du droit de l'Union européenne sur les règles de responsabilité en matière informatique

Le constat s'impose ici de l'influence décisive du droit européen sur les règles de responsabilité pénale en matière informatique. Le législateur s'est ainsi contenté dans une large

39 - CJUE, 6 octobre 2015, Schrems c/ Data protection commissioner, C-362/14.

40 - C. Théard-Jallu, J.-M. Job et S. Mintz, Invalidation de l'accord *safe harbor* par la CJUE : portée, impacts et premiers éléments de solution, Dalloz IP/IT, n°1, janvier 2016, p. 26, spéc. p. 28 et s.

41 - Communiqué du G29 du 16 octobre 2015 relatif au jugement Schrems.

mesure de transposer les règles européennes de responsabilité en matière informatique (§ 1) sans, semble-t-il, se préoccuper de l'articulation des textes ainsi intégrés à notre droit avec les règles de responsabilité classique (§ 2).

§ 1 : La transposition « telle-quelle » des règles européennes de responsabilité informatique

Les règles relatives à la responsabilité pénale sont essentiellement contenues dans la partie générale du code pénal et permettent de définir les conditions de répression des différents participants à l'infraction qu'il s'agisse de l'auteur, personne physique ou morale, ou du complice. Ces règles s'accompagnent de règles de responsabilité plus générales telle que l'article 121-1 prévoyant que « nul n'est responsable que de son propre fait » ou de règles plus spécifiques telles que celles applicables aux mineurs en vertu de l'article 122-8. Cela n'empêche pas le législateur de prévoir parfois des régimes spéciaux et dérogatoires comme avec le mécanisme de responsabilité en cascade prévu par l'article 42 de la loi sur la liberté de la Presse et la jurisprudence d'en établir parfois de plus spécifiques comme pour le chef d'entreprise⁴². Ces régimes visent les individus dont on estime qu'ils méritent de subir la répression à raison du lien particulier qu'ils entretiennent avec l'auteur matériel ou avec la commission de l'infraction : le complice parce qu'il aide ou provoque ; la personne morale parce qu'elle a été l'instrument ou parce qu'elle a tiré, d'une manière ou d'une autre profit, de l'infraction ; le directeur de la publication parce qu'il a ouvert ses colonnes à un propos pénalement répréhensible ; le chef d'entreprise parce qu'il a un devoir de surveillance. Il y a en fait toujours une bonne raison d'appréhender les individus qui gravitent autour de la commission d'une infraction afin de leur faire également

42 - Il est ainsi acquis depuis longtemps que « Si, en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels ou certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé ; il en est ainsi notamment, dans les industries ou commerces réglementés, ou la responsabilité remonte aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ou commerce » : cass. crim. 30 décembre 1892, S. 1894. 1. 201.

subir la sanction pénale⁴³. Cette étude est l'occasion de constater que la criminalité informatique multiplie ces individus sans lesquels l'infraction ne peut être commise⁴⁴. Leurs dénominations sont désormais connues en droit français, il s'agit du fournisseur d'accès, du fournisseur d'hébergement ou encore de l'opérateur.

Pour autant la définition des régimes de responsabilité propre aux intermédiaires informatiques ne peut pas réellement être mise au compte du législateur français qui a tergiversé à leur sujet vers la fin des années 1990⁴⁵. C'est à la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur que l'on doit l'existence de ces régimes de responsabilité. La directive vient ainsi définir plusieurs catégories de prestataires de service de la société de l'information dit « intermédiaires ». Ceux dont le rôle consiste à transmettre sur le réseau de communication les informations fournies par le destinataire du service ou à lui fournir l'accès au réseau, on y reconnaîtra les fournisseurs d'accès⁴⁶. Ceux dont le rôle consiste à stocker les informations fournies par le destinataire du service, on y reconnaîtra les hébergeurs⁴⁷. Enfin, une catégorie d'individus qui fournissent un service qualifié de « *caching* » permettant de stocker des portions d'informations sur des serveurs relais afin d'accélérer la consultation de données qui seraient contenues sur un serveur éloigné⁴⁸. La directive est globalement assez claire sur les obligations pesant sur ces intermédiaires : les États ne peuvent pas leur imposer une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent, pas plus qu'ils ne peuvent leur imposer de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant

43 - V. sur ces questions de criminalité dépendante et d'appréhension des participants à l'infraction notre thèse : Étude de la catégorie des infractions de conséquence, 2016, t. 63, LGDJ, Bibl. sc. crim.

44 - V. sur la question de leur responsabilité : F. Terré, Être ou ne pas être ... responsable. - A propos des prestataires de service par internet, JCP G 2011, doctr. 1175.

45 - Seule la responsabilité du fournisseur d'accès avait fait l'objet d'un traitement spécifique par la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 mais rapidement modifiée par la transposition de la directive 2000/31/CE.

46 - Article 12 de la directive.

47 - Article 14 de la directive.

48 - Article 13 de la directive.

des activités illicites⁴⁹. Sans viser directement la responsabilité pénale, mais en induisant donc qu'elle soit comprise, la directive prévoit même expressément que les États veillent à ce que ces intermédiaires ne soient pas responsables pour le stockage ou la transmission des données qu'ils manipulent⁵⁰. C'est donc un principe d'irresponsabilité qui est posé et qui ne peut être renversé que dans certaines hypothèses bien délimitées et propres à chaque type de prestataire. Le fournisseur d'accès ne doit pas modifier l'information transmise, en sélectionner des portions, en choisir le destinataire ou être l'émetteur lui-même, tous comportements qui lui ôteraient sa neutralité dans le traitement de l'information⁵¹. L'hébergeur ne doit pas avoir connaissance du contenu des informations hébergées et, si c'est le cas, déférer promptement aux injonctions de suppression qui pourraient lui être adressées pour leur suppression⁵². Enfin, l'intermédiaire « cacheur », peut voir sa responsabilité mise en cause dans cinq hypothèses assez techniques d'intervention qu'il pourrait effectuer sur les informations mais surtout dans l'hypothèse où il modifie l'information stockée⁵³.

Cette directive a été transposée dans le droit français par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) qui a largement repris les modèles européens alors que le droit français était presque totalement silencieux sur ces questions jusque-là. En ce qui concerne les fournisseurs d'accès et les intermédiaires procédant au stockage de type « *caching* » : la transposition opérée est un pur « copier-coller » des dispositions de la directive. Le même principe d'irresponsabilité, sauf exceptions, est repris et intégré dans les dispositions les articles L.32-3-3 et L.32-3-4 code des Postes et des communications électroniques. Pour ce qui est des hébergeurs, là encore la transposition se fait à la lettre quoique directement dans le texte de la loi relative à la confiance dans l'économie numérique en son article 6. Article qui reprend d'ailleurs, en son I. 7°, la dispense d'obligation générale de surveillance du

49 - Article 15.1 de la directive. En revanche des obligations ponctuelles sont envisageables et la France a mis en œuvre cette possibilité notamment en matière d'apologie de crime contre l'humanité et de pornographie infantine. V. art. 6, I, 7° de la LCEN.

50 - Cette formulation est reprise en tête des articles 12, 13 et 14 de la directive.

51 - Art. 12.1, a, b et c de la directive.

52 - Art. 14.1, a et b de la directive.

53 - Art. 13.1, a, b, c, d et e de la directive.

contenu transmis ou stocké. C'est donc bien le droit de l'Union Européenne qui a façonné ici, plus que la criminalité informatique, la responsabilité pour criminalité informatique mais il faut encore relever que c'est la France qui a fait le choix de la pénalisation puisque la directive n'a jamais imposé un régime de sanction pénale pour ces intervenants⁵⁴. À être tatillon, on pourrait relever que le législateur français n'a pas été totalement passif face aux développements des nouvelles technologies. On pourrait ainsi rappeler l'existence même fugace d'un article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui, créé par la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 et abrogé par la LCEN, venait poser la responsabilité pénale du fournisseur d'accès « qui n'aurait pas déféré promptement à une demande de retrait de contenu illicite »⁵⁵. Plus pertinent paraît-il de rappeler qu'il existe d'autres systèmes de responsabilité propres aux infractions commises par internet et notamment en ce qui concerne les infractions de presse commises par les réseaux informatiques. On retrouve ainsi à l'article 93-3 de la loi sur la communication audiovisuelle un mécanisme inspiré de la responsabilité en cascade de l'article 42 de la loi sur la liberté de la presse de 1881 mais pourvu de quelques subtilités. Les qualités d'individus visés ne sont ainsi pas les mêmes. Le système nous intéresse plus particulièrement puisqu'il établit que la responsabilité du directeur de la publication ne pourra être mise en cause si le message diffusé n'a pas fait l'objet d'une fixation préalable ou, lorsque étant publié dans un espace dédié aux contributions personnelles, il est démontré qu'il n'en avait pas effectivement connaissance ou qu'il n'a pas pris les mesures de suppression après signalement. On voit ici resurgir un schéma de responsabilité envisagé par la directive : celui de l'hébergeur qui peut être sanctionné s'il avait connaissance de la nature illicite des données manipulées ou s'il n'a pas déféré à une injonction de retrait. On peut donc trouver, si l'on cherche bien, des mécanismes assez proches de ceux employés par la directive de 2000 mais cette recherche n'aboutirait pas beaucoup plus loin qu'une simple dispute sur la paternité de telle ou telle approche de la responsabilité

54 - Elle se contente d'appeler, en son article 20 et selon une expression consacrée, à des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives ».

55 - L'article a toutefois, malgré sa disparition rapide, suscité de la jurisprudence : V. L. Grynbaum, Immunité confirmée des hébergeurs et immunité menacée des préposés, commentaire sous TGI Marseille, 11 juin 2003, Revue Communication Commerce électronique 2003, comm. 85.

des intervenants sur internet.

Le problème ne nous paraît toutefois pas être là : mais plutôt dans l'articulation de ces régimes de responsabilité avec les règles de responsabilité classique existant en droit français.

§ 2 : L'articulation hasardeuse des règles transposées et des régimes de responsabilité classiques

En effet, à reprendre les dispositions transposées, on se rend compte que le législateur a simplement prévu des situations dans lesquelles la responsabilité pénale de ces intervenants peut être recherchée. Reste donc en suspens, la question du fondement de cette responsabilité, sur laquelle le législateur ne s'est pas prononcé. À ce titre, il ne faut pas oublier que ces activités, d'hébergement, de « *caching* » ou encore de fourniture d'accès, sont essentiellement assurées par des personnes morales. Dès lors, et conformément à l'article 121-2 du code pénal, leur responsabilité ne pourra être engagée qu'à condition d'établir qu'un de leurs organes ou représentant a commis une infraction en relation avec les données manipulées et pour leur compte. L'articulation de ces règles transposées avec le régime plus classique de responsabilité des personnes morales s'avère alors délicate.

S'agit-il de vérifier, dans un premier temps, que la personne morale peut être responsable parce qu'elle aurait manipulé les données en question ou aurait connu leur caractère illicite et, dans un second temps, qu'un de ses organes ou représentant a commis une infraction précise pour son compte ? S'agit-il au contraire, de vérifier dans, un premier temps, que la personne morale est potentiellement responsable au sens de l'article 121-2 avant d'établir, dans un second temps, qu'elle ne remplit pas les conditions issues de la directive pour être pénalement responsable ? L'ordre dans lequel ces questions doivent être posées pourrait toutefois être de peu d'importance puisqu'on y reconnaît un mécanisme de responsabilité pénale, les règles de l'article 121-2 du code pénal, et un mécanisme d'irresponsabilité pénale, la règle transposée. Dès lors, si les conditions de l'irresponsabilité s'avèrent remplies il n'est, en tout état de cause, pas utile de s'interroger sur l'éventuelle responsabilité de la personne morale.

Cet ordre est d'ailleurs d'autant moins intéressant que ces questions reviennent en fait au même. En effet, s'interroger sur le fait de

savoir si une personne morale a, ou non, eu connaissance des données qu'elle manipulait ou qu'elle modifiait, reviendra toujours à s'interroger sur le fait de savoir si, en son sein, des individus disposant de responsabilités, ont eu cette connaissance ou ont opéré cette modification. Ce qui reviendra, de fait, à se demander si les organes ou représentants de cette personne morale ont commis une infraction puisque la modification d'informations ou le transfert en connaissance de cause de matériaux illicites peuvent être appréhendés pénalement à bien plus d'un titre⁵⁶. Ce qui revient à établir, ou pas, au sens de l'article 121-2 du code pénal, la responsabilité pénale de la personne morale. Ces deux questions, celle posée par l'article 121-2 et celle posée par les dispositions transposées, sont donc dans une large mesure redondantes ce qui n'est pas sans amener d'interrogations sur l'utilité de ces dernières dispositions qui, plus que d'éclairer la matière, viennent brouiller les pistes⁵⁷.

Allant plus loin, on pourrait finalement s'interroger sur l'utilité même de ces dispositions transposées au cas d'infractions commises par une personne physique assurant des fonctions d'hébergeur ou de fournisseur d'accès. Exiger d'une telle personne qu'elle ait eu une connaissance du contenu manipulé ou modifié ne revient à rien d'autre qu'à établir, dans le premier cas, l'élément intentionnel de son comportement, dans le second, l'élément matériel de certaines infractions informatiques.

Là encore on ne peut que constater la redondance du droit européen avec des règles déjà bien établies en droit interne ...

56 - V. l'ensemble des incriminations examinées en première partie.

57 - On remarquera, au surplus, qu'en matière de responsabilité des personnes morales les dispositions transposées contiennent d'autres redondances. Ainsi de ces 1° et 2° du VI de l'article 6 de la LCEN qui persistent à prévoir expressément, en dépit de la disparition du principe de spécialité, la possibilité de déclarer pénalement responsable les personnes morales, « dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal », pour les incriminations qu'ils établissent.

TROISIÈME PARTIE :
UNE PROCÉDURE PÉNALE DÉSORDONNÉE

LE STATUT DU SUSPECT EN QUÊTE DE STABILITE

Sophie Corioland

*Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA*

Depuis les prémices de la construction d'un espace européen, les relations entre le droit de l'Union européenne et le droit pénal interne ont fait l'objet d'une évolution considérable. Elles ont ainsi basculé d'une quasi inexistence, justifiée par le souci de chaque Etat de rester souverain sur son territoire, vers l'instauration progressive d'un socle de droits communs, en vue d'une harmonisation des législations de tous les Etats-membres.

Ce rapprochement a d'ores et déjà été démontré en droit pénal de fond. Nous allons voir que la procédure pénale n'a pas non plus échappé à cette mutation.

Dans un premier temps, la coopération judiciaire et policière s'est développée au début des années 1990¹, par le recours à la voie intergouvernementale mise en place par le 3^{ème} pilier, *via* le recours à des conventions internationales, des actions communes ou encore des décisions cadres². Peut par exemple être évoquée la mise en place du mandat d'arrêt européen, prévu par une décision cadre du 13 juin 2002³ - dont l'adoption avait d'ailleurs été précipitée par les attentats du 11 septembre 2001 - et intégré en droit français par la loi Perben II du 9 mars 2004⁴.

Puis, dans un deuxième temps, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la coopération en matière pénale a

1 - A. Huet, Droit pénal, Rép. Pén. Européen, Dalloz, § 1.

2 - A. Huet, Droit pénal, préc., § 2.

3 - Décision cadre n° 2002/584/JAI, JOCE L 190 18 juill. 2002, p. 1.

4 - Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, articles 17 et suivants - Dispositif codifié aux articles 695-11 et s. du C. proc. pén.

pris un nouvel essor⁵, grâce aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), permettant de recourir à des directives adoptées à la majorité des votes.

En effet, depuis la suppression de la répartition en piliers, la coopération judiciaire et policière ne dépend plus de la voie intergouvernementale, elle relève de la voie parlementaire : autrement dit, c'est le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire, qui sont compétents pour intervenir dans certains secteurs de la procédure pénale conformément aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁶. Plus clairement encore, cela signifie qu'aujourd'hui, les mesures peuvent être adoptées à la majorité des votes, quand auparavant l'unanimité était requise.

Cette modification d'envergure a ainsi permis aux autorités compétentes de formuler diverses propositions, en vue de rapprocher les procédures répressives des Etats-membres.

Toutefois, il faut immédiatement souligner que les évolutions ayant affecté la procédure pénale interne ces dernières années ne sont pas uniquement d'origine communautaire. Elles sont en réalité d'impulsions diverses. Les nombreuses réformes que nous avons connues ne sont donc pas simplement le fruit de transpositions de directives du droit de l'Union⁷. L'exemple de la réforme d'ampleur de la garde à vue consacrée par la loi du 4 avril 2011 est particulièrement révélateur puisque cette réforme n'est pas, au départ, la conséquence d'une quelconque transposition de directive. La réécriture du droit de la garde à vue découle d'abord de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸ et surtout d'une retentissante décision de censure du Conseil constitutionnel retoquant le dispo-

5 - S. Manacorda, Droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice, RSC 2010, p. 945 ; F. Picod, Le Traité de Lisbonne : une nouvelle chance pour l'Europe, JCP 2009, n° 52, p. 13 s.

6 - JOUE, n° C 83, 30 mars 2010, 3^e partie, [Les politiques et actions internes de l'Union], titre V [L'espace de liberté, de sécurité et de justice], chapitres 4 et 5 [Coopération judiciaire en matière pénale et Coopération policière], art. 82, 85 à 89 ; V. A. Huet, Droit pénal, préc.

7 - E. Barbe, L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière, AJ. Pén. 2011, p. 438 : Selon Emmanuel BARBE, l'influence du droit de l'Union reste toutefois sans commune mesure avec celle du Conseil de l'Europe.

8 - CEDH, 28 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*. Voir également, CEDH 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*; CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*.

sitif de droit commun de la garde à vue, le 30 juillet 2010⁹. Il est vrai en revanche, que l'essentiel des retouches apportées au dispositif depuis sont, elles, directement liées à l'intégration des normes de l'Union dans la loi interne¹⁰.

En conséquence, l'instabilité que connaît la procédure pénale française n'est plus simplement la résultante d'une valse politique¹¹ – sur le thème plus ou moins de répression – comme ce fut le cas par le passé, elle s'explique aussi par l'émergence de cette nouvelle source de droit visant à « développer et maintenir l'espace de liberté, de sécurité et de justice », pour reprendre les termes employés par le Parlement européen et le Conseil¹², autrement dit à européaniser notre procédure.

Les droits accordés à la personne poursuivie sont ainsi directement touchés par cette mutation. En effet pour les instances communautaires, « la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales présuppose une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale. L'étendue de la reconnaissance mutuelle dépend étroitement de certains paramètres, au nombre desquels figurent les mécanismes de protection des droits des suspects ou des personnes poursuivies et la définition des normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle »¹³.

Par ailleurs, partant du constat que les États-membres respectaient déjà les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, telles qu'interprétées par la Cour, le Conseil a souhaité « agir davantage afin d'assurer une mise en œuvre et un respect complets des normes énoncées par la convention, et, le cas échéant, de veiller à une application cohérente des normes applicables et de relever le niveau des normes existantes »¹⁴.

9 - Déc. n° 2010-14/22, QPC 30 juillet 2010, JO 31 juillet, 14198.

10 - V. *infra*.

11 - E. Vergès, La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale, RSC 2015, p. 683.

12 - Directive n° 2010/64/UE du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, considérant n° 1.

13 - Directive préc., considérant n° 3.

14 - Résolution du 30 novembre, JOUE n° C 295, 1^{ère} partie, 4 décembre 2009, intro.

C'est la raison pour laquelle, le Conseil a adopté par résolution le 30 novembre 2009, une feuille de route, déclinée en six mesures, destinée à « renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales »¹⁵.

- Mesure A : Traduction et interprétation ;
- Mesure B : Informations relatives aux droits et à l'accusation ;
- Mesure C : Assistance d'un conseiller juridique et aide juridictionnelle ;
- Mesure D : Communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires ;
- Mesure E : Garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables ;
- Mesure F : Livre vert sur la détention provisoire.

Cette feuille de route a ensuite été intégrée dans le programme de Stockholm (point 2.4), du 10 décembre 2009¹⁶.

Très rapidement, sur cette base, les premières directives ont été adoptées en vue de décliner les mesures énoncées.

La première directive est la directive n° 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. Elle a fait l'objet d'une transposition en droit interne par la 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.

La deuxième directive est 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, transposée par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014.

La troisième directive est celle du 7 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 consulaires¹⁷, transposée également pour partie par la loi du 27 mai précitée.

15 - Résolution, préc.

16 - Conseil de l'Union européenne, Programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01.

17 - E. Allain, L'accès à un avocat dans les procédures pénales, AJ. Pén. 2013, p. 506.

Enfin deux directives supplémentaires – non encore transposées – ont marqué l'année 2016 : la directive n° 2016/343/UE portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales qui devra être transposée au plus tard le 1^{er} avril 2018 et la directive n° 2016/800/UE 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 en date du 11 mai 2016.

Cette seule énumération de textes permet d'entrevoir l'instabilité affectant le statut du « suspect » en procédure pénale sous le seul angle du droit communautaire. Ce premier constat purement quantitatif opéré, il en appelle un autre plus qualitatif : quels sont les apports de ce droit de l'Union ? En d'autres termes, la personne suspectée a-t-elle connu une amélioration sensible de sa condition en droit interne, grâce aux transpositions successives ou le droit français était-il déjà conforme aux exigences européennes ?

La réponse à cette interrogation peut être scindée en deux. En premier lieu, il convient de démontrer que le droit de l'Union a permis un renforcement incontestable des droits de la personne poursuivie en droit français (section I). Cependant, il convient de mettre en lumière en second lieu, le caractère inachevé de ces évolutions et en conséquence le manque de stabilité dont jouit encore à l'heure actuelle la personne soupçonnée dans la procédure pénale française (section II).

Section I - Du renforcement des droits de la personne poursuivie à l'émergence d'un statut de suspect dans la législation française

Les premières directives évoquées précédemment ont d'ores et déjà été transposées dans l'ordre juridique français. Dans un souci de clarté, les apports respectifs de ces transpositions seront évoqués successivement.

§ 1 : La loi du 5 août 2013 : la consécration d'un droit général à l'interprétation et à la traduction des documents de justice.

Tout d'abord, dans une première étape, la directive de 2010 qui consacre un droit général à l'interprétation et à la traduction des documents de justice, a été transposée en droit interne par la loi du

5 août 2013. Cette loi reprend les deux axes de la directive en consacrant d'une part le droit à l'interprétation au cours de la procédure et d'autre part le droit à la traduction des documents essentiels.

Il est vrai que ces droits ne sont pas nouveaux en ce que la directive de 2010 se réfère expressément aux dispositions de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette dernière, « tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; [...] et de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

Le droit à l'interprétation et à la traduction s'inscrit donc parmi les composantes du droit à un procès équitable.

Une différence mérite toutefois d'être relevée à ce stade puisque le droit de l'Union érige le droit à la traduction en un droit distinct du droit à l'interprétation, contrairement au texte du Conseil de l'Europe, souhaitant ainsi souligner les différences entre les deux professions¹⁸. Cette différenciation n'a en revanche guère d'incidence concrète sur la situation de la personne suspectée.

A. Concernant le droit à l'interprétation

Le législateur de 2013 reconnaît un droit général à un interprète. A cette fin, l'article préliminaire du Code de procédure a été modifié et prévoit désormais que « si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience ».

En outre, la loi crée l'article 803-5 du code de procédure pénale, qui dispose dans son deuxième alinéa que « s'il existe un doute sur la capacité de la personne suspectée ou poursuivie à comprendre la langue française, l'autorité qui procède à son audition ou devant

18 - S. Monjean-Decaudin, L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales, RTD. Eur. 2011, p. 763. L'auteur explique ainsi que suite aux nombreuses consultations réalisées, la Commission a tenu à souligner que les interprètes et les traducteurs appartenaient à deux catégories professionnelles distinctes, ayant des missions spécifiques, ce qui justifiait la mise en évidence de leurs différences.

laquelle cette personne comparait vérifie que la personne parle et comprend cette langue ».

Cette transposition met ainsi un terme à un droit jusqu'à lors éparpillé dans diverses dispositions du code de procédure pénale, voire reconnu uniquement par la Cour de cassation¹⁹, qui se fondait alors sur les dispositions de la CEDH précédemment évoquées²⁰.

Sur le plan formel, la réforme mérite sans doute d'être saluée, bien que son apport sur le fond puisse être relativisé.

B. Concernant le droit à la traduction des documents essentiels

La loi du 5 août 2013 consacre également le droit à la traduction des documents essentiels dans les articles préliminaires et 803-5 du Code de procédure.

Le premier prévoit que « Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit (...), sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code ».

En revanche, contrairement au droit à l'interprétation, ce droit se présente davantage comme une nouveauté en ce qu'il était jusqu'à lors absent des textes de droit français, sans pour autant l'être de notre système judiciaire puisque les juridictions le retenaient toujours en se fondant sur l'article 6 §3 de la Convention européenne. L'apport du droit de l'Union est par ailleurs notable en ce que le droit à la traduction est reconnu pour l'ensemble des documents essentiels tandis que la Cour de Strasbourg le cantonnait à un champ plus limité, essentiellement l'acte d'accusation²¹.

19 - Cass. crim. 25 mai 2005, n° 05-81.628, D. 2005, p. 1884 ; RSC 2005, p. 868, obs. D.-N. Commaret ; cass. crim. 29 juin 2005, n° 04-86.110, D. 2005. 2104, AJ Pén 2005, p. 419, obs. P. R.

20 - E. Daoud, L. Rennuit-Alezra, Le droit à un interprète, la consécration d'un nouveau droit, AJ Pén. 2013, p. 527.

21 - Par exemple, CEDH 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, n° 10964/84, série A, n° 168.

Sur le plan du contenu, la directive ne liste pas exhaustivement les documents essentiels devant nécessairement faire l'objet d'une traduction. Elle indique simplement que « parmi ces documents essentiels figurent toute décision privative de liberté, toutes charges ou tout acte d'accusation, et tout jugement »²², laissant ensuite une marge de manœuvre aux Etats pour déterminer si d'autres documents doivent également être concernés. Elle précise encore qu'« il n'est pas obligatoire de traduire les passages des documents essentiels qui ne sont pas pertinents pour permettre aux suspects ou aux personnes poursuivies d'avoir connaissance des faits qui leur sont reprochés »²³. Il n'est donc pas question d'accorder la traduction de l'ensemble des pièces de la procédure.

En droit interne, c'est ainsi l'article D. 594-6 du Code de procédure pénale (issu du décret d'application du 25 octobre 2010²⁴) qui énumère les décisions concernées, parmi lesquelles les décisions de placement, de prolongation ou de maintien en détention ou encore les décisions saisine des juridictions...²⁵. L'article D. 594-6 précise ensuite que la traduction peut ne porter que sur les passages pertinents des documents excluant ainsi une traduction intégrale des diverses pièces.

Les deux principales critiques soulevées contre cette nouveauté tiennent d'une part à la complexification de la procédure, source de longueur, et d'autre part à l'augmentation des coûts générés par l'instauration de ces nouvelles dispositions estimée par une étude d'impact à 27 millions d'euros annuels²⁶.

22 - Directive de 2010, art. 3, §2.

23 - Directive de 2010, art. 3, §4.

24 - Décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction.

25 - « 1° Les décisions de placement en détention provisoire, de prolongation ou de maintien de la détention, ou de rejet d'une demande de mise en liberté et les ordres d'incarcération prononcés dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ; 2° Les décisions de saisine de la juridiction de jugement ; 3° Les décisions statuant sur l'action publique et portant condamnation, prononcées ou homologuées par une juridiction ; 4° Le procès-verbal de première comparution ou de mise en examen supplétive, lorsque la copie en a été demandée en application de l'article 114 ».

26 - Étude d'impact du projet de loi 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, 19 févr. 2013, p. 70.

Pour autant, tout le monde s'accorde pour dire qu'il s'agit véritablement de droits fondamentaux, s'inscrivant pleinement dans le respect du procès équitable²⁷.

§ 2 : La loi du 27 mai 2014 : la timide consécration d'un statut de suspect dans la procédure pénale française et le renforcement du droit à l'information.

Dans une seconde étape, la loi du 27 mai 2014 est venue transposer la directive de 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. De plus, elle anticipe aussi, à certains égards, la transposition de la directive de 2013 relative au droit d'accès à un avocat²⁸.

Deux points saillants ressortent de cette loi : d'une part, l'amorce de consécration d'un statut pour le suspect au travers de l'audition libre et d'autre part, le renforcement du droit à l'information de la personne poursuivie.

A. L'amorce d'un statut pour le suspect

Concernant le statut de suspect, il faut souligner que jusqu'à la loi du 27 mai 2014, notre législation n'accordait pas de droits spécifiques à ce dernier en vertu de cette seule « qualité ». La doctrine s'accorde d'ailleurs à dire que si « le suspect est un protagoniste bien connu du procès pénal » « paradoxalement, son statut juridique est mal identifié »²⁹. En effet, notre code de procédure faisait dépendre les droits octroyés à l'individu mis en cause uniquement du caractère contraignant ou non de la mesure dont cette personne faisait l'objet et non du degré de suspicion reposant sur elle.

Cette situation peut s'expliquer au regard de la construction de notre codification articulée autour des différentes phases du procès (enquête, instruction et jugement) et pas autour des acteurs de l'instance (suspect, mis en examen...). En conséquence, la personne en-

27 - Par ex : P. Beauvais, Procédure pénale : droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, RTD eur. 2011, p. 642

28 - G. Taupiac-Nouvel, A. Botton, La réforme du droit à l'information en procédure pénale, JCP G. 2014, n° 27, doct. 802.

29 - E. Vergès, La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale, préc.

tendue librement (c'est-à-dire sans contrainte) ne disposait d'aucun droit, même si des soupçons pesaient sur elle. Des droits lui étaient accordés à compter du moment où elle était placée en garde à vue (donc lorsque s'exerçait une contrainte).

En conséquence, c'est sur cet aspect que la directive de 2012 a eu une incidence essentielle. En effet, grâce à sa transposition, le suspect, en tant que tel, a fait timidement son entrée au sein du code de procédure pénale français. Aujourd'hui, les droits ne se déclinent plus seulement en fonction de la mesure mise en œuvre et de son degré de coercition, ils dépendent aussi de la situation personnelle de l'individu : soupçonnée ou non. Ainsi, dès lors que des soupçons pèsent sur l'individu, un socle minimal de protection doit lui être accordé. Ensuite, plus la mesure est coercitive, plus le degré de protection s'accroît³⁰.

C'est ce qui ressort très nettement de la création d'un statut pour le suspect auditionné sans contrainte qualifiée par certains de « révolution pour les praticiens, magistrats et avocats, policiers et gendarmes »³¹ et par d'autres d'« innovation majeure »³².

L'audition sans contrainte est prévue par l'article 61-1 du code de procédure pénale. Ce texte prévoit que la personne à l'égard de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée de divers éléments tels que : la qualification, la date et le lieu présumés de l'infraction pour laquelle elle est soupçonnée, de son droit de quitter les locaux où elle est entendue, à tout moment, ou encore de sa possibilité d'être assistée par un interprète en cas de besoin ou d'être assistée par un avocat durant les auditions et les

30 - M. Touillier, Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure : entre « petite » et « grande » révolutions, RSC 2015, p. 127.

31 - E. Dupic, L'audition libre, bilan et perspectives un an plus tard, Gaz. Pal., 2015, n° 206, p. 7.

32 - C. Untermaier, Rapp. n° 1895 fait pour la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, p. 18.

confrontations lorsque l'infraction en cause est un crime ou un délit passible d'emprisonnement³³ ...

En outre, le suspect libre doit être avisé de son droit de se taire et de ne pas répondre aux questions. Cette reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer, jusqu'à lors retenue dans le seul cadre de la garde à vue s'explique néanmoins assez aisément. Certes, le suspect est libre donc peut choisir de quitter les locaux à tout moment – ce qui tendrait à penser qu'il n'est pas utile de lui préciser qu'il peut choisir de ne pas répondre aux questions – mais parce qu'il est suspect, il faut malgré tout le protéger contre le risque de déclarations qui pourraient par la suite être retenues contre lui.

Enfin, le dispositif est ensuite complété par deux modifications complémentaires :

D'abord, l'article 62 relatif à l'audition des témoins qui précise que si au cours de l'audition dudit témoin, il apparaît qu'il existe à son encontre des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction, ce dernier ne pourra

33 - « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée :

1° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;

2° Du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ;

3° Le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ;

4° Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;

5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat ;

6° De la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

La notification des informations données en application du présent article est mentionnée au procès-verbal.

Si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition.

Le présent article n'est pas applicable si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire ».

plus continuer à être entendu autrement que sous le régime de la garde à vue ou de l'audition libre ; Ensuite, l'article 63 du Code de procédure pénale qui prévoit que si une personne est placée en garde à vue dans le prolongement immédiat d'une audition libre, l'heure du début de la garde à vue est fixée à celle du début de l'audition.

On le voit bien au travers de cette nouvelle mesure, l'objectif est de garantir à la personne auditionnée un minimum de protection, dès que des soupçons naissent à son encontre. L'apport est donc considérable, bien qu'inachevé, comme nous aurons l'occasion de le démontrer³⁴.

B. Le renforcement du droit à l'information

Parallèlement, la loi de 2014 renforce également le droit à l'information devant être délivrée au suspect placé en garde à vue, comme à la personne renvoyée devant la juridiction de jugement. La question de l'accès au dossier mérite également quelques précisions.

1) Le droit à l'information

L'information délivrée au suspect lors du placement en garde à vue est en effet étoffée par la loi du 27 mai 2014. A cette fin, l'article 63-1 du Code prévoit que le gardé à vue doit être informé de la qualification de l'infraction qui lui est reprochée, ainsi que des motifs visés par l'article 62-2 qui sont de nature à justifier son placement en garde à vue comme par exemple, permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ou empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels...³⁵, en plus des divers droits dont il disposait déjà (assistance par un avocat, droit de faire prévenir un proche...). De plus,

34 - V. *infra*, Section II.

35 - Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ou Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la république afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.

le suspect est informé qu'il a la possibilité d'avoir personnellement accès à certaines pièces du dossier telles que le PV de notification de placement en GàV ou encore les PV concernant ses auditions, quand auparavant ces prérogatives étaient réservées au seul avocat. Enfin, le droit à l'information des gardés à vue étrangers ou ne comprenant pas le français est également renforcé puisque ces derniers doivent être informés de leur droit de prévenir les autorités consulaires de l'État dont ils sont ressortissants, ce que la Cour de cassation avait déjà admis auparavant³⁶ même si cela n'était pas prévu par le Code.

La loi prévoit aussi que cette notification est un préalable à toute audition. Autrement dit, elle doit intervenir dès le placement en garde à vue de l'individu soupçonné.

Et pour parachever cet édifice, le législateur a également prévu qu'un document listant l'ensemble des droits de la personne au cours de la procédure doit lui être remis dans des termes simples et accessibles et dans une langue qu'elle comprend (article 803-6 du Code de procédure pénale).

L'information délivrée à la personne renvoyée devant les juridictions de jugement est aussi renforcée. A cette fin, l'article 8 de la loi modifie toute une série d'articles du code en vue d'assurer par exemple que la personne sera informée de son droit à l'interprétation et à la traduction ou encore de son droit au silence devant la Cour d'assises (articles 273 et 328 du CPP).

2) L'accès au dossier

Pour finir, la loi de 2014 modifie à certains égards l'accès au dossier par la personne poursuivie ou son avocat. Le texte prévoit que cet accès n'est pas le même selon le stade de la procédure. En matière de garde à vue, nous l'avons dit, seules quelques pièces du dossier peuvent être consultées, soit par l'avocat, soit par le suspect directement. En revanche, l'accès au dossier se renforce au fur et à mesure au stade de l'instruction puis du jugement. Par exemple, au cours de l'information judiciaire, l'article 114 du Code prévoit que si les

36 - Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 13-90006 : Bull. crim., n° 88 ; Gaz. Pal. 23 juill. 2013, p. 37, obs. F. Fourment.

parties ne sont pas assistées d'un avocat, elles peuvent néanmoins se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. Elles s'exposent à des sanctions alourdies en cas de violation du secret de l'instruction (article 114-1).

Section II – Les insuffisances du droit français au regard des exigences du droit de l'Union : le choix d'une transposition technique *a minima*

En dépit des avancées constatées, un certain nombre de critiques peuvent être formulées concernant la situation actuelle du suspect en droit français, cette dernière restant à certains égards, en deçà des exigences du droit de l'Union³⁷.

Tout d'abord, la question de l'accès au dossier par la personne placée en garde à vue continue de faire débat. S'il est vrai que des avancées ont été apportées tant par la loi de 2011 que par celle de 2014, seules certaines pièces du dossier peuvent être consultées.

Certes, l'article 7.2 de la Directive de 2012 n'impose pas la communication de l'intégralité des pièces du dossier de la procédure et indique simplement que la personne doit « avoir accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge ». Lors des travaux parlementaires précédant la loi de 2014, le législateur français a d'ailleurs longuement débattu la question. Un amendement avait même prévu un temps l'accès à l'intégralité du dossier avant d'être finalement retiré. Divers arguments ont été invoqués au soutien du maintien d'un accès très limité au dossier tels que la difficulté pratique résultant d'une rédaction parfois différée des procès-verbaux notamment en enquête de flagrance³⁸, ou encore le risque de mise en danger pour la victime ou le dénonciateur de l'infraction³⁹. Aucun ne semble totalement convainquant. Pour autant, l'accès tel qu'il est actuellement consacré demeure très limité et de l'aveu même de l'ancienne garde des Sceaux, une évolution sur ce point demeure inéluctable, d'autant qu'il n'est pas certain que notre législation soit « validée » par la Cour européenne des droits

37 - G. Taupiac-Nouvel, A. Botton, art. préc. ; E. Vergès, art. préc.

38 - C. Untermaier, Rapp. préc. note (3), p. 71.

39 - *Ibid.*

de l'Homme⁴⁰...

Ensuite et surtout, le législateur français n'a pas opté pour la consécration d'un véritable statut pour la personne suspectée, comme la transposition de la directive de 2012 l'y invitait pourtant, et ce alors même que certains pays voisins l'ont déjà instauré⁴¹.

Nous l'avons dit, le suspect bénéficie bien désormais d'un socle minimal de protection, mais le législateur français a préféré procéder point par point en modifiant une très grande quantité de dispositions du code de procédure pénale plutôt que de créer un véritable statut pour les suspects. Le choix a donc été de conserver la construction de base de notre codification.

On ne peut évidemment que déplorer une occasion manquée de la part de notre législateur d'engager une réforme bien plus ambitieuse de la procédure.

Ce choix peut sembler par ailleurs d'autant plus paradoxal que depuis la loi du 17 août 2015 ayant elle-même transposé une Directive, les droits accordés aux victimes d'infractions font désormais l'objet d'un sous-titre III dans le titre préliminaire du code de procédure pénale.

Enfin, la méthode retenue, en plus d'être complexe, est source d'imperfections. Comme le soulignent plusieurs auteurs⁴², un certain nombre d'hypothèses semblent avoir été oubliées par le législateur. En effet, diverses mesures mises en œuvre dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction le sont lorsqu'une personne est « suspecte » : on peut citer par exemple, la réalisation de prélèvements externes, certains contrôles d'identité ou encore les visites de véhicules. Pour autant, il est notable qu'aucune de ces mesures n'a fait l'objet d'une quelconque modification, en dépit de l'article 2 § 1 de la directive qui prévoyait que le droit à l'information doit s'appliquer « *dès le moment où des personnes sont informées par les autorités*

40 - R. Mésa, Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête, *Gaz. Pal.* 2014, n° 263, p. 17.

41 - J. Leblois-Happe, J. Walther, L'information du suspect dans la procédure pénale allemande, *Rev. Pén. Et Dr. Pén.* 2015, p. 207 ; E. Dupic, art. préc.

42 - E. Vergès, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. - À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition 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 procédures pénales, *Dr. Pén.* 2014, Etude 15 ; R. Mésa, art. préc.

Une procédure pénale désordonnée

compétences d'un État membre quelles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale »⁴³. Selon le Professeur Vergès, la transposition ainsi opérée n'est donc que partielle et expose notre législation à des recours en nullité de la part des avocats, voire même à une condamnation de la Cour de Justice⁴⁴.

En conclusion, il apparaît que loin de bénéficier d'un statut désormais stable, le suspect reste au cœur des réformes actuelles. Dans le même sens, au vu des insuffisances précédemment relevées, il ne fait guère de doute que de nouvelles réformes seront indispensables afin de respecter nos engagements internationaux. Et l'adoption de deux nouvelles directives en 2016 ne fait que renforcer ce constat⁴⁵.

En conséquence, il est évident que la valse des réformes touchant au suspect n'est pas encore achevée. Pourtant, comme nous le disions précédemment, seule une confiance réciproque des États-membres dans les systèmes respectifs de chacun permettra d'assurer pleinement la reconnaissance mutuelle ambitionnée par l'Union Européenne⁴⁶. Cette confiance se construit petit à petit⁴⁷, mais elle suppose une certaine stabilité des législations. C'est pourquoi, il nous reste à appeler de nos vœux à l'instar de certains, non pas la continuation d'un empilement de retouches successives mais bien la grande réforme de la procédure pénale française, qui décidément, semble se faire attendre⁴⁸.

43 - E. Vergès, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, art. préc.

44 - Art. préc.

45 - T. Cassuto, Dernières directives relatives aux droits procéduraux, AJ. Pén. 2016, p. 314.

46 - M.-E. Morin, quelle(s) place(s) pour la directive « droit à l'information dans les procédures pénales », Revue de l'Union européenne 2014, p. 612.

47 - O. Tell, Les directives relatives à la procédure pénale : quelle protection du droit des personnes ?, Revue de l'Union européenne, 2014, p. 364.

48 - E. Dupic, art. préc. ; M. Touillier, art. préc.

LE STATUT DE LA VICTIME EN QUÊTE DE COHÉRENCE

Morgane Daury-Fauveau

*Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA*

La question de la transposition en droit français du droit de l'Union européenne relatif à la victime d'une infraction pénale peut susciter un sentiment de perplexité. En effet, notre système permet à la victime de se constituer partie civile. Ce faisant, la victime déclenche l'action publique et demande l'indemnisation de son préjudice au juge pénal¹. La victime, en France, peut donc lutter contre l'inertie du ministère public, bénéficier des preuves recueillies au cours de l'enquête, être informée de l'avancement de l'instruction, participer à celle-ci en demandant un certain nombre d'actes au juge d'instruction ou en contestant certaines de ses décisions, et enfin elle n'a pas à engager une nouvelle procédure devant le juge civil puisque le juge pénal sera compétent pour accorder l'indemnisation. S'agissant de celle-ci, la France s'est dotée d'un arsenal législatif important, notamment par la création de fonds d'indemnisation et par des mesures tendant à assurer l'effectivité du versement de la compensation².

La victime est prise en compte tout au long du procès pénal jusqu'au stade de l'exécution des peines³. Nous disposons également d'un juge délégué aux victimes, dont la création a été diversement,

1 - CPP, article 1 : « L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.

Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ».

Article 2 : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.

La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique, sous réserve des cas visés à l'alinéa 3 de l'article 6 ».

2 - La première loi en la matière est la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction, v. not. X. Pin, Les victimes d'infractions : définitions et enjeux, Archives de politique criminelle, 2006, p. 65 et, sur la naissance et l'évolution de la législation en la matière, Th. Courvalin, *La notion de risque social : une responsabilité au secours de la dignité de la victime*, thèse Paris X, 2013, spéc. p. 216 et s.

3 - M. Herzog-Evans, Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie (1) : AJP 2008, p. 356.

pour ne pas dire fraîchement, accueillie par la doctrine et certains membres de l'institution judiciaire⁴. Nous avons multiplié les bureaux d'aide aux victimes, gérés par des associations, au sein des palais de justice⁵. Et récemment, dans le réflexe de réactivité instantanée qui nous caractérise, le gouvernement français s'est doté, à la suite des attentats du 13 novembre, d'un secrétariat d'Etat chargé de l'aide aux victimes dont le périmètre d'action, défini par décret du 3 mars 2016 est très imprécis⁶.

Compte tenu de tout ce qui vient d'être dit, on peut légitimement se demander ce qui pourrait être fait de mieux.

Tous les Etats de l'Union européenne ne reconnaissent pas à la victime le droit de déclencher les poursuites, loin s'en faut, si bien que l'unification des systèmes est impossible (section I) et que l'harmonisation en la matière est minimale (section II).

Section I – L'impossible unification

La victime en droit pénal est définie comme la personne qui a subi un préjudice du fait d'une infraction pénale. Cette définition

4 - V. not., S. Bouzigue, Le juge délégué aux victimes : Outil de communication ou amélioration du soutien des victimes ?, AJ Pénal 2008 p. 361.

5 - Selon le site du ministère de la justice, en 2016-2017, 168 bureaux d'aide aux victimes seront ouverts sur le territoire.

6 - Décret n° 2016-241 du 3 mars 2016 relatif aux attributions déléguées à la secrétaire d'Etat chargée de l'aide aux victimes : le secrétariat d'Etat est notamment chargé de veiller à l'adaptation des dispositions permettant d'assurer le respect des droits des personnes victimes, particulièrement, d'infractions pénales, de faits de terrorisme, d'accidents collectifs, de sinistres sanitaires, industriels, alimentaires ou de santé publique, d'accidents écologiques, industriels, de catastrophes naturelles ou encore de discriminations et d'atteintes aux droits fondamentaux et de veiller à l'adaptation permanente :

- du dispositif de suivi et d'accompagnement des victimes et de leurs proches ; et
- du dispositif d'accueil, d'information, de prise en charge des victimes en cas de survenance de crises majeures.

Il doit également concevoir et mettre en œuvre les actions d'information et de soutien aux victimes d'infractions pénales et assurer la coordination des relations entre, d'une part, les associations de victimes et les associations d'aide aux victimes et, d'autre part, les autorités de l'Etat compétentes en la matière.

vaut pour le profane⁷ comme pour le juriste⁸, en France comme dans l'Union européenne⁹. L'intérêt définitoire est fonctionnel car les droits accordés à une victime sont variables selon son statut qui lui-même dépend de la possibilité qui lui est offerte de devenir partie au procès pénal¹⁰.

La diversité des statuts de la victime est telle dans l'Union européenne¹¹, qu'elle ne se prête pas volontiers à une classification (§ 1). Il apparaît toutefois que la France est l'un des pays qui offre le statut le plus favorable à la victime quitte à lui permettre de concurrencer le ministère public (§ 2).

7 - Le Larousse énonce que la victime est « toute personne qui a subi un préjudice corporel, matériel ou moral ». La richesse étymologique du mot irrigue le droit : le terme de victime provient du latin *victima* (animal destiné au sacrifice) et d'un terme médiéval, l'hostie, qui a pour origine le mot latin *hostia*, synonyme de *victima* « auquel on peut rattacher celui d'*hostis*, qui désigne l'adversaire, l'ennemi, et le verbe *hostio*, signifiant mettre à niveau, égaliser » : H. Piant, *Victime, partie civile ou accusateur ? Quelques réflexions sur la notion de victime, particulièrement dans la justice d'Ancien Régime*, in Benoît Garnot (dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire*, PU Rennes, 2000.

8 - Selon le vocabulaire Capitant (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 2000), la victime est « celui qui subit personnellement un préjudice par opposition à celui qui le cause (l'auteur) ».

9 - Selon la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (Déc.-cadre, 15 mars 2001, 2001/220/JAI), la victime est « la personne 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 des actes ou des omissions qui enfreignent la législation pénale d'un État membre ». La directive européenne 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits des victimes de la criminalité, opère une extension. Outre « toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale, ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale », la définition vise aussi « les membres de la famille d'une personne dont le décès résulte directement d'une infraction pénale et qui ont subi un préjudice du fait du décès de cette personne ».

10 - X. Pin, *Les victimes d'infractions : définitions et enjeux*, précité.

11 - V. not. l'analyse de droit comparé de l'Institut de criminologie de Paris 2, sous la dir. de J.-H. Robert, in P. Albertini, *Rapport AN sur l'exercice de l'action civile par les associations*, 6 mai 1999 ; J. Pradel, *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, Nouvelles Etudes pénales, vol. 15, Erès, 1998 ; M. Delmas Marty (ss la dir.) *Procédures pénales d'Europe : Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie*, PUF, 1995 ; G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008.

§ 1 : La vaine recherche d'un critère de classification

La distinction entre procédure accusatoire et inquisitoire n'est pas d'un grand secours en la matière tant le fossé est grand entre la théorie qui les oppose et la pratique qui les entremêle. En outre, les deux systèmes ont subi de telles évolutions au cours de l'histoire que leurs caractéristiques sont de nos jours très éloignées de celles de leurs origines. Ainsi, aujourd'hui, il est possible de dire que les pays ayant adopté une procédure d'inspiration accusatoire donnent un rôle limité à la victime. Pourtant, très originellement, dans une procédure accusatoire, c'était la victime qui engageait l'instance qui se déroulait devant un juge arbitre auquel chaque partie présentait ses preuves, alors que la procédure pénale inquisitoire était marquée par le rôle exclusif du représentant de la société dans le déclenchement des poursuites et la réunion des preuves¹². Mais la procédure accusatoire s'est dotée d'une sorte de ministère public qui est venu remplacer la victime, laquelle est devenue un témoin. Le procès est toujours un duel, mais les duellistes ont changé. C'est bien sûr le cas des pays de *common law*.

Ainsi, en Angleterre et au Pays de Galles, la victime, comme tout citoyen, conserve le droit de saisir directement les tribunaux, par une *private prosecution*, lorsque la police et le CPS (*Crown Prosecution Service*) ne poursuivent pas. Mais cette action n'est pas comparable à la constitution de partie civile, notamment parce que dans cette hypothèse, la victime constitue seule son dossier et ne bénéficie pas de l'aide des autorités publiques de poursuite. C'est pourquoi elle est très peu utilisée et qu'un auteur a pu qualifier la victime « d'accusateur privé illusoire »¹³. La victime obtiendra réparation devant les seules juridictions civiles (sauf une rare exception qui permet au juge pénal, pour des infractions déterminées, d'accorder une *com-*

12 - J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2014.

13 - A. Martini, La victime en Angleterre : « Une formidable absence partout présente », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op. cit.*, p. 54.

pensation order à la victime)¹⁴. La victime n'est pas négligée pour autant : elle est au centre des préoccupations des pouvoirs publics qui lui ont dédié un *Code of Practice for Victims of Crime* qui expose les services dont elle bénéficie. Ce Code, disponible sur internet, compte une centaine de pages, et l'on soupçonne alors que l'étendue des droits de la victime en termes de service est inversement proportionnelle à l'importance de sa place dans le procès pénal.

De nombreux pays de tradition romano-germanique, qui avaient initialement adopté un système inquisitoire, ont procédé à des réformes s'inspirant de la procédure accusatoire.

C'est le cas de la procédure pénale italienne, qui, par la réforme de 1989, s'est ralliée à un système accusatoire sur lequel elle est partiellement revenue depuis. En Italie, la victime ne peut pas déclencher les poursuites, mais peut se constituer partie civile par voie d'intervention et porter son action civile devant le juge pénal.

En Allemagne¹⁵, qui a vu son juge d'instruction disparaître par la loi relative à la réforme de la procédure pénale de 1974, la victime n'est qu'un simple témoin qui ne peut obtenir d'indemnisation que devant la juridiction civile. Si elle détient, exceptionnellement, le pouvoir d'exercer elle-même la poursuite (la *Privatklage*), ce n'est que pour des infractions peu graves et limitativement énumérées. En revanche, lorsque le ministère public déclenche l'action publique pour une infraction grave, la victime est admise à s'y joindre. La constitution de partie civile par voie d'intervention est également admise en Autriche, qui a supprimé son juge d'instruction en 2008. Le Portugal connaît aussi une procédure davantage accusatoire depuis 1987. La victime ne peut pas déclencher les poursuites mais elle peut se constituer partie civile par voie d'intervention et obtenir l'indemnisation du juge pénal.

14 - En Irlande du Nord, le système est très comparable, la victime est un témoin et c'est le *Public prosecution service* qui décide seul de poursuivre ou non l'auteur des faits. En Irlande, le rôle de victime dans la procédure pénale est très limité. Elle ne dispose pas de statut et ne peut qu'être appelé comme témoin. En Ecosse (qui possède un système juridique basé sur la double base du droit romano-civiliste et de la *common law*), la victime ne peut pas se constituer partie civile, elle est également témoin, mais elle peut contester la décision du *Crown office* de ne pas poursuivre (depuis le 1er juillet 2015).

15 - J. Leblois-Happe, *Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande, l'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 241.

En Espagne au contraire¹⁶, la place de la victime est prépondérante : elle bénéficie de l'action privée et peut demander à la juridiction pénale l'indemnisation du dommage. En outre, tout citoyen peut engager une action populaire¹⁷, qui est exclusivement tournée vers la sanction. Le système espagnol est difficilement comparable à celui des autres pays d'Europe car l'action publique peut être portée à la fois par le ministère public et par les citoyens. En d'autres termes, le ministère public n'a pas le monopole de l'action publique.

Aux Pays-Bas, la procédure est restée davantage inquisitoire. La victime, si elle peut faire appel de la décision du ministère public de classer sans suite son affaire, ne peut pas déclencher elle-même les poursuites. En revanche, elle peut se constituer partie civile par voie d'intervention et le juge pénal est compétent pour lui accorder une indemnisation.

En France, la présence de la victime dans le procès pénal a des racines profondes et lointaines et même la grande ordonnance criminelle de 1670 qui a consacré l'enquête publique, écrite, secrète et non contradictoire, permet dans certains cas à la victime d'exercer les poursuites¹⁸. Dans le code d'instruction criminelle de 1808, la victime dispose du droit de se constituer partie civile en citant directement l'auteur des faits devant la juridiction de jugement, en matière correctionnelle et contraventionnelle. Par la suite, l'arrêt Laurent-Atthalin de 1906¹⁹ a admis que la constitution de partie civile devant le juge d'instruction mette en mouvement l'action publique. Cette décision était inéluctable tant elle s'imposait par cohérence dans le système existant : ainsi qu'il a été dit, la victime d'un délit ou d'une contravention pouvait déjà citer directement l'auteur des faits de-

16 - Sur la réforme pénale du 30 mars 2015 en Espagne : chronique de droit pénal espagnol 2015, A. Gogorza et M. Lacaze, *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*, 2015, Ch-02:1.

17 - V. not. F. Voefray, *L'actio popularis* ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales, PUF 2004, not. p. 42 et s.

18 - B. Garno, Les victimes pendant l'Ancien Régime (XVI^e-XVII^e-XVIII^e siècles), p. 59-65, in R. Cario, D. Salas (dir.), *Œuvre de Justice et victimes*, Volume 1 Paris, L'Harmattan, 2001. V. aussi J.-P. Allinne, Les propositions du Comité Léger au prisme de l'histoire : inquisitoire et accusatoire dans la tradition française, *Champ pénal*, Vol. VII, 2010, mis en ligne le 07 mai 2010, consulté le 28 mars 2016. URL : <http://champpenal.revues.org/7825> ; DOI : 10.4000/champpenal.7825

19 - Cass. crim. 8 déc. 1906, D. 1907. 1. 207, note F. T., rapp. Laurent-Atthalin ; S. 1907. 1. 377, note Demogue ; V. J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9e éd., 2016 ; X. Pin, Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin, D. 2007. 1025.

vant la juridiction de jugement. Il paraissait dès lors illogique de la priver de la possibilité de déclencher la poursuite lorsqu'elle avait souffert d'un crime. Or, l'instruction étant obligatoire en matière criminelle, il fallait nécessairement admettre que la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction ait le même effet. Et puis l'arrêt Laurent-Atthalin s'inscrit dans une volonté de soustraire le juge d'instruction à toute tutelle du ministère public. Avec lui, il n'est plus lié par les réquisitions de non informer du ministère public alors qu'il pouvait, déjà, librement rejeter les réquisitions de celui-ci au cours et à la fin de l'instruction²⁰.

Le système belge est très proche du nôtre²¹. La victime peut se constituer partie civile par voie d'action et ainsi déclencher l'action publique en cas d'inertie du ministère public en saisissant le juge d'instruction ou en citant directement le prévenu devant la juridiction de jugement. Comme nous, elle peut également demander la réparation du dommage qu'elle a subi devant le tribunal répressif. Toutefois, contrairement au système français, la Belgique a créé le statut de « personne lésée », intermédiaire entre la victime et la partie civile.

Le critère tiré de la distinction entre un système d'opportunité des poursuites ou de légalité des poursuites n'est pas fiable non plus pour opérer une classification des statuts de la victime dans l'Union européenne. Certes, en France, l'une des meilleures justifications de la possibilité pour la partie lésée de mettre en mouvement l'action trouve sa source dans le principe d'opportunité des poursuites : si d'aventure, il venait à l'esprit du ministère public d'enterer une affaire, la victime pourrait toujours l'obliger à l'exhumer. De la même manière, il semble logique qu'en Italie et en Allemagne un tel pouvoir ne soit pas accordé à la victime puisque ces pays sont plutôt légalistes. Mais ce pouvoir n'est pas accordé non plus à la victime aux Pays-Bas et en Angleterre, pourtant opportunistes en la matière. Et nous avons vu qu'en Espagne, pays légaliste, la victime,

20 - J. Brouhot, L'arrêt Laurent-Atthalin sa genèse et ses conséquences, Mélanges M. Patin, 1966, p. 413.

21 - A noter que la Belgique vient d'adopter une réforme pénale avec la loi « pot-pourri II », ou « loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice » (le Moniteur belge du 19 février 2016) qui introduit notamment une procédure de *guilty plea* et généralise la correctionnalisation des crimes afin de rendre la compétence de la cour d'assises exceptionnelle.

comme tout citoyen, peut engager les poursuites, au contraire du Portugal qui a également adopté un système légaliste. Il faut dire que là où il existe, le système légaliste est assorti de nombreuses exceptions, si bien qu'en réalité, légalité des poursuites ne signifie pas automaticité des poursuites²².

A dire vrai, le statut de la victime dans les différentes procédures pénales des pays membres de l'Union européenne est tellement divers qu'il résiste à toute classification véritablement convaincante. On a pu distinguer selon la possibilité qu'a la victime de déclencher l'action publique, de se joindre à celle-ci ou de n'avoir d'autre place que celle de témoin dans le procès²³. Mais même cette classification très large n'est pas satisfaisante : l'Allemagne, par exemple, entre dans les trois catégories selon l'infraction en cause.

En définitive, parmi les membres de l'Union européenne, outre l'Espagne, seules la France et la Belgique admettent que la victime puisse déclencher la poursuite (ou se joindre à celle engagée par le ministère public) et que le juge pénal se prononce sur l'action civile. Mais nous allons plus loin encore que la Belgique en nous rapprochant du système espagnol qui tend à faire de la victime et du citoyen des procureurs privés.

§ 2 : Les dérives françaises

Deux exemples, parmi d'autres, sont révélateurs des dérives du système français.

En Belgique la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile est soumise à la condition d'une demande explicite de réparation²⁴, alors qu'en France, la jurisprudence s'est refusée à imposer une telle condition²⁵, admettant ainsi que la partie civile puisse n'être animée que par la volonté « d'obtenir que soit établie la culpabilité du

22 - J. Leblois-Happe, Plaidoyer pour la légalité des poursuites, JCP G 2010, 168. plus rective se divise en plusieurs chapitres cadre qu'occupe déjà dans notre système. n «ante.ct, la décision-cadre n'la où il ex

23 - Ainsi, A.-T. Lemasson, *La victime devant la justice pénale internationale*, Th. 2010, Limoges, p. 5 et s.

24 - Cass. 1^{er} déc. 1930, Pas. 1930, 373.

25 - Cass. crim., 22 janvier 1953, D. 1953, Jur. 109, rapp. M. Patin.

prévenu »²⁶. La jurisprudence a ainsi accentué la nature vindicative de l'action, alors que c'est pourtant la compétence du juge pénal pour indemniser le dommage causé par l'infraction qui fonde le droit pour la victime de déclencher l'action publique par son action civile²⁷.

Le deuxième exemple est relatif à la constitution de partie civile des groupements. Souvent délaissée par les systèmes étrangers au profit du mécanisme de la *class action*²⁸, elle est admise néanmoins en Espagne, pays dans lequel l'action populaire appartient à tout citoyen et donc à toute association²⁹. En Belgique et en France, elle est également autorisée, mais à des degrés très différents.

En Belgique, une jurisprudence constante refuse la constitution de partie civile des groupements lorsque le préjudice allégué n'est pas personnel. Il leur est donc interdit de demander réparation d'une atteinte au but qu'ils poursuivent³⁰.

Toutefois, la loi a spécialement habilité un certain nombre d'organismes³¹ pour agir dans cette hypothèse. Mais le législateur est lui-même encadré dans cette pratique³² : le droit d'action doit viser la pro-

26 - Cass. crim., 8 juin 1971, D. 1971, jur. p. 594, note J. Maury.

27 - S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Litec, 2008, n° 1042.

28 - Là où le déclenchement de l'action publique est interdit à la victime, il n'est évidemment pas question de l'attribuer à des groupements. En revanche, les groupements ont la possibilité d'engager une *class action* au Portugal, en Italie, en Suède, aux Pays-Bas, et en Angleterre. Il est d'ailleurs piquant de constater que la France tend à cumuler les deux modes de saisine de la justice en autorisant depuis peu une *class action* « à la française » avec la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (loi Hamon) ; V. aussi le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 12 juillet 2016 (texte n° 792), qui crée un cadre légal commun aux actions de groupe en matière judiciaire et administrative et une action de groupe en matière de discrimination.

29 - V. not. J.-H. Robert, *in* Rapport Albertini, précité.

30 - Cass., 16 octobre 1991, Pas., 1992, p. 129 ; Cass., 19 septembre 1996, R.C.J.B., 1997, p. 105 et note O. De Schutter. V. aussi, P. Martens, *Vers quelle action d'intérêt collectif ?*, J.L.M.B., 2014, pp. 356-363.

31 - Outre certaines associations, ont été habilités, des ordres professionnels et des unions professionnelles (associations formées exclusivement pour l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de leurs membres par la loi du 31 mars 1898).

32 - Cour constitutionnelle belge, 133/2013 du 10 octobre 2013 : « C'est toutefois au législateur qu'il appartient de préciser à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu aux personnes morales souhaitant exercer une action correspondant à leur but statutaire et visant à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie ».

tection des libertés fondamentales reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie. Par conséquent, ne peuvent se constituer partie civile devant le juge pénal que certaines associations spécialement habilitées qui luttent contre le racisme et la xénophobie³³, la traite des êtres humains et de la pornographie infantile³⁴ ou encore la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide nazi³⁵ et les discriminations³⁶.

La France a, quant à elle, autorisé très largement la constitution de partie civile des groupements lorsque l'infraction a porté une atteinte aux intérêts collectifs qu'ils défendent. Les syndicats sont ainsi, par principe, dotés du droit d'agir. Un tel droit n'est pas accordé aux associations, mais les dérogations législatives les habilitant à exercer les droits reconnus à la partie civile (tant dans le code de procédure pénale, aux articles 2-1 à 2-23 que dans d'autres très nombreux textes) sont innombrables, si bien que l'exception tend à devenir la règle³⁷.

La facilité donnée aux victimes et aux groupements de se constituer partie civile s'est traduite par une multiplication des procédures et a suscité très tôt la critique de la doctrine³⁸, que la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, prise sous l'impulsion du rapport Magendie³⁹, n'a pas atténué.

Il a été en particulier dénoncé la dénaturation du rôle du juge pénal dont la vocation première, statuer sur la responsabilité pénale, est noyée dans les demandes d'indemnisation.

L'augmentation des plaintes avec constitution de partie civile par-

33 - Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

34 - Loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile.

35 - Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide nazi.

36 - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes.

37 - V. B. Lapérou-Schneider, A la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations des « droits reconnus à la partie civile », Dr. Pénal 2016 Etude n° 13.

38 - J. Larguier, L'action publique menacée, D. 1958, p. 29.

39 - Rapport Magendie, *Célérité et qualité de la justice, La gestion du temps dans le procès*, 15 juin 2004 ; H. Matsopoulou, Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs. - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Droit pénal 2007, étude 6.

ticipe aussi à l'encombrement des juridictions d'instruction et de jugement⁴⁰, se traduisant par l'allongement de la durée des procédures, notamment de la durée de l'instruction, et l'allongement consécutif, le cas échéant, de la durée de la détention provisoire du mis en examen⁴¹.

Le risque de constitution de partie civile abusive a également été pointé du doigt, avec son corollaire, l'atteinte à la présomption d'innocence de la personne visée par la plainte⁴².

S'agissant plus spécifiquement de la constitution de partie civile des associations, on s'inquiète des plaintes déposées par celles qui s'érigent en véritable sentinelle de la vertu⁴³ ou en vigie de la parole inconvenante. On peut craindre enfin que la procédure engagée ne soit parfois motivée que par la recherche d'un retentissement médiatique ou, pire encore, par un intérêt purement mercantile. Les dommages-intérêts étant alors envisagés comme un moyen de financement du groupement, l'action civile devient un « fonds de commerce ». Cette motivation, qui ne serait pas étrangère aux très nombreuses actions menées notamment par les associations de défense de l'environnement⁴⁴, n'a pas échappé au législateur. En effet, la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages oblige la victime à affecter les dommages-intérêts (ou la liquidation de l'astreinte) à la réparation du dommage causé à l'environnement⁴⁵.

En résumé, c'est la privatisation du procès pénal qui est critiquée⁴⁶,

40 - Il suffit à cet égard de constater le contentieux considérable sur la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile.

41 - Ch. Guéry, Le juge d'instruction et le voleur de pommes, D. 2003, p. 1575.

42 - J. Volff, La privatisation rampante de l'action publique, JCP 2004, I 146.

43 - S. Guinchard, Les moralisateurs au prétoire, *Jean Foyer, In Memoriam*, 1997, p. 477 ; J. Volff, précité.

44 - E, ce sens : J.-H. Robert, Un nouveau procureur parmi les associations, *Droit pénal* 2002, comm. 113.

45 - Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 4 créant un nouveau titre dans le code civil, « de la réparation du préjudice écologique ». L'affectation des dommages-intérêts (ou de la liquidation de l'astreinte) à la réparation du préjudice est prévue par les articles 1386-22 et 1386-23 (art. 1249 et 1250 à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

46 - X. Pin, La privatisation du procès pénal, RSC 2002, p. 249 ; E. Mathias, Action pénale privée : cent ans de sollicitude. - À propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *Procédures* 2007, étude 6.

celui-ci s'éloignant de sa finalité, protéger l'intérêt général, pour protéger des intérêts catégoriels ou particuliers⁴⁷. L'action publique est privatisée par l'effet de « justiciers privés »⁴⁸ ou de « sous-procureurs de la République »⁴⁹ et de procéduriers parfois pathologiques.

En France, la constitution de partie civile est donc discutée depuis de nombreuses années. Et s'il n'est nullement question de la remettre en cause, beaucoup préconisent de la limiter⁵⁰, constatant que les remèdes actuels à la prolifération des actions privées sont très insuffisants.

Il est donc assez ironique, dans ce contexte, de devoir renforcer les droits des victimes sous l'impulsion de l'Union européenne. Au demeurant, ni le législateur européen, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'exigent des pays membres qu'ils fassent de la victime une partie du procès pénal⁵¹. En réalité, ce serait peine perdue car les pays de *common law* restent farouchement hostiles au fait d'accorder une place plus importante à la victime dans le procès pénal, considérant que celle-ci romprait l'égalité des armes entre l'accusation et la défense. Or, si le droit français a eu une grande influence à l'époque de la construction européenne, l'adhésion ultérieure de la Grande-Bretagne s'est nécessairement traduite par une prise en compte importante de la *common law* par le droit communautaire. Il est vrai que cela ne va peut-être pas durer...

Les directives européennes tentent donc une amélioration de la situation de la victime par le bas : il s'agit de trouver le plus petit dénominateur commun.

47 - L'avenir funèbre de l'action publique, *Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, p. 781.

48 - C. Ambroise-Castérot, Rép. Dalloz pén., Action civile, n° 391.

49 - J. Wolff, précité.

50 - V. not. les rapports Magendie et Albertini précités.

51 - *Helmerts c./Suisse*, 29 oct. 1991 ; CEDH, 12 févr. 2004 *Pérez c. France* : RSC 2004, p. 698, obs. F. Massias ; D. 2004. 2943, note Roets ; J. Levy-Amsallem, L'action civile à la française et la Convention EDH : exercice d'un droit à la vengeance privée ou compensation morale de la souffrance éprouvée ?, in *La place de la victime dans le procès pénal*, sous la dir. de Y. Strickler, 2009, éd. Bruylant, p. 135 s.

Section II - L'harmonisation minimale

La prise en compte de la victime par le législateur européen n'est pas nouvelle. Dès 1983, le Conseil de l'Europe adoptait une Convention européenne relatives au dédommagement des victimes d'infractions violentes. Ce texte a été suivi par de nombreuses recommandations⁵².

La décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI) a pour objet de mettre en œuvre les conclusions adoptées lors du sommet européen de Tampere en octobre 1999⁵³. L'intitulé est davantage ambitieux que le texte qui énonce que chaque Etat « assure aux victimes un rôle réel et approprié dans son système judiciaire pénal » et énumère un certain nombre de garanties dont doit bénéficier la victime. Sans effet direct, la décision-cadre n'a pas eu le succès escompté, la plupart des Etats inscrivant les dispositions dans des textes sans portée contraignante⁵⁴.

Dans ce contexte, l'adoption le 25 octobre 2012 de la directive établissant des normes minimales concernant les droits des victimes de la criminalité⁵⁵ a été présentée par la Vice-présidente du Parlement européen, Viviane Reding, comme un « exploit historique ». L'exclamation laisse le pénaliste français un peu dubitatif : certes le texte est plus riche que la décision-cadre qu'il a remplacée mais ses apports restent modestes compte tenu de la place que la victime occupe déjà dans notre droit. La transposition de la directive n'a donc pas induit de bouleversement majeur (§ 1), sauf peut-être dans sa disposition relative à la justice restaurative, que l'on aurait pu pourtant ignorer (§ 2).

52 - Ainsi, les recommandations R(83)7 sur la participation du public à la politique criminelle ; R(85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale ; R(87) 21 sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation ; Recommandation R(2006)8 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'assistance aux victimes d'infractions.

53 - A. Weyembergh, L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne, Archives de politique criminelle 1/2004 (n° 26), p. 37-70.

54 - Commission européenne, Rapport sur l'article 18 de la décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, COM/2009/166 final, 20 avr. 2009.

55 - Directive 2012/29/UE.

§ 1 : La transposition aisée de la directive

L'objectif affiché de la directive du 25 octobre 2012 en son article 1^{er} est de « garantir que les victimes de la criminalité reçoivent des informations, un soutien et une protection adéquats et puissent participer à la procédure pénale ». Mais la directive doit être lue à l'aune de son préambule qui rappelle, d'une manière alambiquée dans son considérant 21, que l'étendue des droits énoncés dans la directive dépend du rôle attribué aux victimes dans le système de justice pénale et de la possibilité qu'elles ont de participer activement aux procédures pénales.

Le chapitre consacré à la participation à la procédure n'engendrera donc pas de révolution majeure en Europe puisque les droits de la victime qu'il consacre sont pour la plupart conditionnés par le droit national. C'est particulièrement le cas de l'article 11 qui trouve à s'appliquer en cas de décision de ne pas poursuivre et qui énonce que « Selon le rôle qui est attribué aux victimes par le système de justice pénale concerné, les États membres veillent à ce que la victime ait le droit de demander le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre. Les règles de procédure applicables à ce réexamen sont fixées par le droit national ». Il faut donc comprendre que lorsque la victime n'est pas partie au procès pénal, l'Etat membre n'a pas à prévoir la faculté d'appel de la décision de ne pas poursuivre⁵⁶.

De la même manière, l'article 16 consacre le droit d'obtenir qu'il soit statué sur l'indemnisation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale mais excepte immédiatement « le cas où le droit national prévoit que cette décision est prise dans le cadre d'une autre procédure judiciaire ».

Le droit à l'aide juridictionnelle de l'article 13 n'existe que si la victime a « la qualité de partie à la procédure pénale ». Il en va de même du remboursement des frais exposés en raison de la participation de la victime à la procédure pénale : il dépend, selon l'article 14, du « rôle attribué aux victimes par le système de justice pénale concerné ».

Même le droit d'être entendu, visé par l'article 10, est timidement consacré. La disposition n'utilise de l'impératif que pour imposer aux Etats membres de *veiller* « à ce que la victime puisse être entendue

56 - E. Vergès, *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 2013-1, p. 160.

pendant la procédure pénale et puisse produire des éléments de preuve ». Et la suite de la disposition se contente d'énoncer que la victime « peut » être entendue pendant la procédure pénale et « peut » produire des éléments de preuve selon les règles de procédure « fixées par le droit national ». L'apport est ici inexistant, puisqu'il suffit qu'un service de police reçoive la victime pour satisfaire à la préconisation européenne.

Les autres chapitres sont consacrés aux divers services offerts à la victime, en termes d'information, de soutien et de protection. Ils sont davantage fournis, confirmant notre proposition selon laquelle la liste des droits de la victime en termes de services est inversement proportionnelle à l'importance de sa place dans le procès pénal.

En effet, le chapitre le plus fourni de la directive est relatif au droit à l'information et au soutien de la victime. L'article 4 énumère une longue liste très précise d'informations que la victime doit recevoir dès son premier contact avec une autorité compétente, relative aussi bien à l'aide médicale dont elle peut bénéficier ou à une solution en matière de logement que les modalités et les conditions d'obtention d'une protection, d'accès à des conseils juridiques, d'obtention d'une indemnisation ou encore aux procédures disponibles pour faire une réclamation au cas où ses droits ne seraient pas respectés par l'autorité compétente agissant dans le cadre d'une procédure pénale. La liste des informations qui doivent être reçues par la suite, tout au long de la procédure, est également précisée, de manière très détaillée, par l'article 6. La victime doit, notamment, être informée de toute décision de ne pas continuer l'enquête ou de clore celle-ci ou de ne pas poursuivre l'auteur de l'infraction, ou encore du jugement définitif, étant précisé qu'à chaque fois, les informations délivrées comprennent les motifs de la décision concernée ou un bref résumé de ces motifs. Les autres dispositions sont essentiellement relatives au droit à l'interprétation et à la traduction quand c'est nécessaire et au droit d'accès aux services d'aide aux victimes, l'article 9 détaillant concrètement le soutien et les informations que ceux-ci doivent apporter à la victime ainsi que les conseils concernant tant les questions financières et pratiques résultant de l'infraction subie que le risque de victimisation secondaire⁵⁷ et répétée,

⁵⁷ Sur la notion, v. *infra*, note 74.

d'intimidations et de représailles et sur les moyens de les empêcher. Le chapitre 4 est consacré à la protection des victimes et la reconnaissance des victimes ayant des besoins spécifiques en matière de protection. Il se préoccupe tant de la protection de l'intégrité physique de la victime et des membres de sa famille (en consacrant le droit d'éviter tout contact entre la victime et l'auteur de l'infraction et le droit de la victime à une protection au cours de l'enquête pénale), que de sa vie privée. Afin d'identifier leurs besoins spécifiques en matière de protection, les victimes doivent faire l'objet d'une évaluation personnalisée.

Suivent, au chapitre suivant, des dispositions relatives à la formation des praticiens (agents de police, personnels des tribunaux, juges, avocats, personnes chargées de l'aide aux victimes) dont la teneur relève de l'évidence puisqu'elle doit les conduire à traiter la victime avec impartialité, respect et professionnalisme.

Il a immédiatement été dit que la transposition de la directive en France ne devrait pas susciter de difficulté⁵⁸. Et le fait est que le chapitre V de la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne qui opère la transposition de la directive⁵⁹ ne comporte plus qu'un article puisque les deux autres, originellement portés par la loi, ont été invalidés par le Conseil constitutionnel⁶⁰.

L'article 7 de loi du 17 août 2015 crée un troisième sous-titre dans le titre préliminaire du code de procédure pénale composé de quatre dispositions : les articles 10-2 à 10-5.

L'article 10-2 dresse la liste des droits dont l'officier ou l'agent de police judiciaire doit informer la victime (donc avant même une éventuelle constitution de partie civile) présentant l'avantage de récapituler quels sont les droits de la victime au stade de l'enquête. La liste

58 - V. G. Beaussonie, L'installation de la victime dans le procès pénal, AJP 2015, p. 526 ; S. Detraz, Plus d'attention portée aux victimes, à propos de la directive du 25 octobre 2015, JCP G 2013, 3. V. aussi P. Beauvais, Nouvelle directive sur les droits des victimes », RTD Eur., 2013, p. 806 ; C ; Ribeyre, Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne : tout ça pour ça ?, Droit pénal 2015, étude 21.

59 - A noter que la même loi transpose également la directive 2011/99/UE du 13 décembre 2011, relative à la décision de protection européenne.

60 - Cons. constit. 13 août 2015, n° 2015-719 DC, AJDA 2015. 1566. Il s'agissait de deux dispositions pénales introduites par des amendements qui n'avaient pas pour objet de transposer une directive européenne.

est longue, elle comporte neuf entrées, plus longue donc que celles des articles 53-1 pour l'enquête de flagrance et 75 pour l'enquête préliminaire qui sont par conséquent abrogés. Les nouveautés sont rares. On peut toutefois relever que le droit à l'interprétation et à la traduction, qui n'existait auparavant qu'au stade juridictionnel, est introduit dès l'enquête. Il est vrai qu'en pratique déjà, il n'était pas rare pour les services de police ou de gendarmerie de recourir aux services d'un interprète quand cela s'avérait nécessaire pour recueillir le témoignage de la victime. La victime est également informée de son droit de déclarer comme domicile, dès l'enquête, l'adresse d'un tiers, sous réserve de l'accord exprès de celui-ci. Un nouvel article 40-4-1, précise que la victime qui souhaite se constituer partie civile bénéficie du même droit, alors que jusque-là, seule la victime qui se constituait effectivement partie civile avait cette possibilité aux termes de l'article 89 alinéa 2. Elle peut également être accompagnée à tous les stades de la procédure, par son représentant légal et par la personne majeure de son choix, sauf décision contraire motivée prise par l'autorité judiciaire compétente (ce que l'article 10-4 répète inutilement). Sur ce point, la loi va d'ailleurs plus loin que la directive qui ne consacre ce droit que « lorsque, en raison des répercussions de l'infraction, la victime a besoin d'aide pour comprendre ou être comprise », et qui n'exige pas qu'il fasse l'objet d'une information.

Un nouvel article 10-3 ne concerne cette fois que la partie civile, ce qui rend sa place contestable. Il est également relatif au droit à l'assistance d'un interprète et à la traduction. Enfin, l'article 10-5 concerne l'évaluation personnalisée des victimes qui a pour but « de déterminer si elles ont besoin de mesures spécifiques de protection au cours de la procédure pénale ».

Les modalités d'application de ces deux dernières dispositions ont fait l'objet d'un décret n° 2016-214 du 26 février 2016 relatif aux droits des victimes.

En dernier lieu, la loi de transposition prévoit qu'aux termes d'un nouvel article 183-1 du code de procédure pénale, l'ordonnance de non-lieu, une fois devenue définitive, est portée à la connaissance de la victime qui a déposé une plainte simple et ajoute un alinéa à l'article 391 du même code, qui prévoit déjà l'information du plaignant de la date de l'audience du tribunal correctionnel, pour préciser que l'avis d'audience doit faire l'objet d'une traduction lorsque la victime ne comprend pas la langue française.

Tout cela n'apparaît que comme des détails qui ne vont pas changer fondamentalement la procédure pénale française. En revanche, il est une mesure du droit de l'Union européenne, que nous avons intégré par la loi du 15 août 2014, et qui est une source d'incohérence : c'est celle relative à la justice restaurative.

§ 2 : L'inopportun zèle français

En effet, depuis la loi du 15 août 2014, la justice restaurative a les honneurs du titre préliminaire du code de procédure pénale qu'elle intègre, dans un sous-titre 2 créé pour l'occasion, intitulé « De la justice restaurative ». Son article 10-1 énonce, dans un article 1^{er}, que la justice restaurative doit irriguer l'ensemble de la procédure pénale puisqu'une mesure de justice restaurative peut être proposée « A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, (à) la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus »⁶¹. L'alinéa 2 définit une telle mesure : « Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission ». Ce texte énonce ensuite quelques modalités d'application extrêmement vagues, qui permettent seulement de comprendre que la mesure est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire et qu'elle suppose que l'auteur et la victime de l'infraction aient consenti expressément à y participer⁶². Ainsi décrite, la justice restaurative reste pour le moins

61 - L'article 707 du code de procédure pénale modifié par la loi du 15 août 2014 fait également référence à la justice restaurative au stade de l'exécution de la peine. Depuis la loi du 17 août 2015, il est aussi fait référence au concept à l'article 10-2 (« Les officiers et les agents de police judiciaire informent par tout moyen les victimes de leur droit : 1° D'obtenir la réparation de leur préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, une mesure de justice restaurative »).

62 - Une expérimentation de justice restaurative en phase pré-sentencielle a été mise en place à Lyon depuis mars 2016 : Lyon impulse et expérimente la justice restaurative : un partenariat inédit entre avocats et magistrats, N. Mazaud, M. Scuccimarra, G. Seguin-Jourdan, JCP G 2016, 702.

énigmatique⁶³. Les définitions données par les textes internationaux et européens ne sont pas d'une grande aide. Ils paraissent préférer les termes, qui seraient synonymes, de justice réparatrice. Selon le Conseil économique et social de l'ONU, il s'agit de : « Tout processus dans lequel la victime et le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur »⁶⁴. Selon l'article 2 de la directive européenne du 25 octobre 2012, la justice réparatrice vise « tout processus permettant 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 ».

La littérature sur le sujet nous en apprend davantage. Il s'agit d'instaurer un dialogue entre la victime et l'auteur de l'infraction, soit dans un face-à-face, soit à l'occasion d'une réunion du groupe familial, voire amical, des deux protagonistes sous l'égide d'un animateur à la fois « impartial et bienveillant »⁶⁵ dans un processus de réparation et même de réconciliation. La victime est placée sur un pied d'égalité avec le délinquant lors de ces réunions appelées « cercles » pour éviter une position de chacun différenciée et hiérarchisée⁶⁶.

Le concept évoque tout d'abord au pénaliste français le procès des sociétés primitives, antérieur à l'émergence de l'Etat⁶⁷. Cet héritage est revendiqué par les promoteurs de la justice restaurative qui rappellent qu'elle était mise œuvre par les aborigènes d'Australie ou

63 - J.-H. Robert, La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative, JCP G 2015, doctr. 273 ; D. Dassa-Le Deist, La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? Gaz. Pal., 21 octobre 2014, n° 294, p. 5 ; G. Rabut-Bonaldi, La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle, D. 2015, p. 97 ; M. Nord-Wagner, Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014, Gaz. Pal., 23 mai 2015, n° 143, p. 6.

64 - Conseil économique et social, Commission pour la prévention du crime et la justice pénale.

65 - B. Sayous et R. Cario La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales, AJ pénal 2014. 461. Les auteurs sont respectivement le directeur et président de l'Institut pour la justice restaurative qui forme les tiers-indépendants appelés à intervenir dans le processus de justice restaurative.

66 - Rapport du Conseil national d'aide aux victimes, mai 2007, p. 13.

67 - V. not. D. Salas, *Du procès pénal*, PUF, 2010 (1^{ère} éd. 1992).

les Maoris de Nouvelle-Zélande⁶⁸. Mais la justice restaurative puise également ses sources là où la procédure est accusatoire car elle est alors naturellement réceptive à la négociation entre les parties. Cette réception est en outre facilitée par la composition des tribunaux : lorsque ce sont des juges non professionnels qui y siègent, la délégation de leurs fonctions est davantage aisément admise⁶⁹. En outre, on comprend que la prise en charge de la victime par la communauté est d'autant plus nécessaire que celle-ci est ignorée de la justice pénale.

Le processus de justice restaurative ou réparatrice est donc surtout connu des pays anglo-saxons où les expériences se sont multipliées⁷⁰.

Certes, la France connaît déjà la médiation pénale de l'article 41-1 du code de procédure pénale, mais cette institution présente une différence fondamentale avec le processus de justice restaurative : elle repose sur la proposition du procureur de la République. L'intervention de celui-ci permet de concilier la médiation à la française avec notre conception de l'infraction qui est considérée comme une atteinte à la société toute entière alors que pour la justice restaurative, l'infraction est un différend entre deux personnes⁷¹ qu'il faut réparer. D'ailleurs, on ignore comment une mesure de justice restaurative de l'article 10-2 pourra s'articuler avec la médiation pénale, et plus largement, avec l'action publique et l'action civile⁷². Mais il est certain qu'elle brouille un peu plus la frontière entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale et qu'elle s'inscrit dans le mouvement critiqué de privatisation de la justice pénale⁷³.

L'introduction de cette disposition dans notre code de procédure pénale traduit donc une méconnaissance de notre système, et nie

68 - J.-H. Robert, La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative, précité.

69 - Dans ce sens, M.-C. Desdevises, L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique, RSC 1993, p. 45.

70 - Ainsi, le Community Board de San-Fransisco, créé en 1977. La notion de justice restaurative a été conceptualisée par le criminologue américain Howard Zehr dans les années 1970 : v. D. Dassa-Le Deist, précité. V. aussi V. not. G. Rabut-Bonaldi, précitée.

71 - G. Rabut-Bonaldi, précitée ; B. de Lamy, À la recherche de la peine perdue..., Droit pénal 2015, dossier 1.

72 - G. Rabut-Bonaldi, précitée.

73 - M. Giacomelli, La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué, AJ pénal 2014, p. 447.

les racines culturelles et historiques de la procédure pénale.

En outre, même inspirée de la directive européenne, la rédaction de l'article 10-1 est particulièrement maladroite à l'endroit de la victime dont on fait état des « difficultés » résultant de l'infraction lorsque c'est peut-être un séisme qui est survenu dans sa vie. Et la suite de la disposition ne laisse pas d'inquiéter car l'article 10-1 précise que la mesure de justice restaurative « est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

On comprend donc que la mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative peut être l'occasion d'une victimisation supplémentaire.

Ce risque n'a pas échappé à la directive européenne de 2012, qui, à l'article 12, enjoint aux Etats membres, en cas de recours à la justice réparatrice, de prendre « des mesures garantissant la protection de la victime contre une victimisation secondaire et répétée, des intimidations et des représailles »⁷⁴. Suivent l'énoncé des conditions, toutes protectrices de la victime, auxquelles une mesure de justice réparatrice peut être mise en œuvre étant précisé, en premier lieu que « les services de justice réparatrice ne sont utilisés que dans l'intérêt de la victime ». C'est peut-être en considération de ce risque que la directive européenne de 2012 incite mais ne contraint pas les Etats membres à créer des services de justice réparatrice⁷⁵. Nous aurions donc pu nous en dispenser.

En conclusion, la France apporte un démenti cinglant à la proposition faite au début de la présente contribution, selon laquelle la liste des droits de la victime en termes de services est inversement proportionnelle à l'importance de sa place dans le procès pénal. Chez nous, la place de la victime est essentielle compte tenu

74 - La victimisation secondaire « correspond au préjudice moral et à la souffrance endurée par la victime non pas au moment de l'acte infractionnel – il s'agit alors de victimisation primaire – mais, lorsque la victime est contrainte de revivre ce traumatisme initial tout au long de la procédure pénale dans son sens large (...) : T. Courvalin, *La notion de risque social : une responsabilité au secours de la dignité de la victime*, thèse Paris X, 2013.

75 - En ce sens : J.-H. Robert, *Réforme pénale. - Punir dehors*, Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, Dr. pénal 2014, étude 16. *Contra* : E. Vergès, *Corpus juris...*, précité.

de la constitution de partie civile qui déclenche les poursuites ; mais elle bénéficie en outre d'un grand nombre de services d'information et de soutien.

Sans doute est-ce iconoclaste de se délivrer un satisfecit actuellement, alors que les attentats récents ont montré que les victimes se considèrent encore, parfois, maltraitées. Sans doute aussi, le satisfecit paraîtrait légitimement indécent au regard de certaines situations dans lesquelles la procédure pénale sacrifie les intérêts de la victime aux droits de la personne poursuivie. Tel est le cas, par exemple, lorsque la victime d'un crime est obligée d'endurer, non pas un, mais deux procès lorsqu'une décision de cour d'assises a été frappée d'appel.

Mais la violence infligée vient d'abord du crime. Il faut le punir. Il n'y a pas de plus grand service à rendre à la victime.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Xavier Pin,

Professeur à l'Université Jean Moulin de Lyon III

Les organisatrices de cette belle journée d'études vous ont invités à discuter de « *la transposition du droit pénal de l'Union européenne dans la loi pénale interne* », en partant du postulat selon lequel une telle opération conduirait à « *l'intégration d'un corps étranger* ».

Au premier abord, ce titre pouvait inquiéter car la formule est légèrement connotée. L'expression « corps étranger » désigne en effet, au sens propre, un objet d'une taille supérieure à un millimètre qui a pénétré un organisme humain ou animal, et, au sens figuré, un élément inhabituel ou marginal. Autrement dit, parler d'un *corpus alienum*, à propos du droit pénal européen transposé, revient à présenter ce droit, comme une étrangeté dans nos systèmes juridiques nationaux ou, à tout le moins, comme un *corpus* de règles dont la présence, au sein des *organismes* ou systèmes nationaux, ne serait ni naturelle, ni forcément souhaitable.

Pour autant, d'un point de vue purement physique, toute *incorporation* n'est pas forcément mauvaise. Certes, si le *corpus* introduit est *malin* ou *maléfique*, il devra évidemment être rejeté ou extirpé. Mais s'il est *bénin* voire *bénéfique* - comme devrait l'être, par hypothèse, toute règle de droit - et qu'il est habilement incorporé, il devrait être intégré ou assimilé facilement.

Or, aux termes de cette journée, on peut être rassuré sur les caractères du *corpus* transposé. Nul n'a présenté le droit pénal de l'Union européenne comme un objet perturbateur de nos organismes juridiques *en soi*, mais plutôt comme un moyen ou un *remède* particulier, destiné à résoudre des problèmes très concrets¹, qui peut constituer un *progrès du droit*, à condition qu'il soit bien *administré*. L'enjeu était donc essentiellement de savoir *comment il faut transposer* ce droit pénal européen, pour que celui-ci soit durablement et plus sûrement un facteur d'amélioration ou de progrès des droits nationaux.

1 - Allant de l'étiquetage de la « viande de Kebab » (*Helmut Satzger*), à la lutte contre le blanchiment, la corruption ou le terrorisme, en passant par la « courbure de la banane » ou le sort de la « *leucorrhine à large Thorax* » (*J.-H. Robert*)...

Pour en arriver là, vous avez démontré trois choses :

Tout d'abord, vous nous avez permis de percevoir que la transposition du droit pénal de l'Union européenne n'était finalement qu'une illustration de cette fameuse « loi du développement historique de l'humanité »² découverte par Ortolan dans son Cours de législation pénale comparée en 1841. On se souvient en effet qu'en retraçant l'« Histoire du droit criminel en Europe, depuis le XVIIIe jusqu'à ce jour », l'illustre comparatiste a eu la « sensation intime » selon laquelle « l'ordre général qui préside au développement de l'humanité s'est précisé, s'est formulé, en quatre grandes lois nécessaires et permanentes »³ : *la loi de génération, la propagande humaine - et spécialement la propagande européenne, la loi de similitude et la loi du progrès*. La loi de génération s'observe facilement car elle est, selon Ortolan, le fruit de l'histoire : c'est ce constat « à la fois mystérieux et banal selon lequel tous les anneaux de la vie sont enchâssés l'un dans l'autre, et que le présent est fils du passé et père de l'avenir »⁴. Quant à loi de la propagande humaine « c'est la contagion, la *communication incessante des idées, des passions, des coutumes bonnes ou mauvaises, d'homme à homme, de cité à cité, de peuple à peuple* »⁵. Certes Ortolan ne connaissait alors que deux véhicules d'expansion au service de la propagande en Europe : la marche des armées et la marche des idées. Il ignorait évidemment la directive européenne, qui se situe précisément entre la marche des armées et la marche des idées. À cet égard, Yves Bot a pris l'image de l'invasion quasi-militaire pour qualifier la façon dont est ressenti le droit pénal de l'Union européenne ; il a parlé de « la marche d'un corps étranger » c'est-à-dire une sorte de marche forcée des idées. Il a ainsi rejoint Ortolan décrivant « cette propagande incessante et providentielle qui pousse vers une communauté de destins les nations diverses ». Or la loi de propagande précède toujours *la loi de similitude*, cette « lente mais *inévitabile marche vers l'unité* »⁶. Bien sûr Ortolan igno-

2 - J.-L. E. Ortolan, par G. Narjot, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'à ce jour*, Paris, Joubert, 1841, VII, p. 44.

3 - J.-L.E. Ortolan, *op. cit.*, p. 46.

4 - J.-L.E. Ortolan, *op. cit.*, p. 48.

5 - J.-L.E. Ortolan, *op. cit.*, p. 54.

6 - J.-L.E. Ortolan, *op. cit.*, p. 56.

rait tout de l'harmonisation pénale européenne⁷, initiée en 1999 au sommet de Tampere et consacrée par le traité de Lisbonne en 2007. Il ne pouvait pas savoir qu'au XXI^{ème} siècle sous couvert de ce que l'on a appelé « l'objectif de reconnaissance mutuelle des décisions de justice », un droit pénal européen s'immiscerait dans notre droit national. Mais *Ortolan* conjecturerait à partir d'une grande période de l'histoire européenne, celle du XVIII^{ème} siècle, qui fût marquée par la décadence des constitutions du moyen-âge et l'établissement du pouvoir monarchique illimité dans tous pays d'Europe, qui imposa un droit unifié. Or la transposition de plus en plus fréquente des directives démontre que l'histoire se répète et, si l'on en croit toujours *Ortolan*, ce processus devrait conduire à *la loi du progrès*, entendu comme un progrès pour l'humanité. Et c'est sans doute ce progrès, cette volonté d'amélioration du droit - donc de pacification -, qui constitue la « *finalité* » du droit pénal de l'Union, sur laquelle *Yves Bot* vous a invité à réfléchir.

Ensuite, vous avez montré, ne serait-ce que par vos origines respectives (vous êtes venus d'Allemagne, de Belgique et de France), que le droit pénal de l'Union pouvait favoriser le renouveau du *jus commune*, c'est-à-dire la renaissance de ce droit savant, ce droit de professeurs qui jadis précédait les réformes, et qui aujourd'hui doit les accompagner. Là encore on retrouve *Ortolan*, qui constatait que le XIX^{ème} siècle avait été une époque où les pénalistes ne connaissaient pas de frontière : « Droit romain, droit canonique, jurisprudence : voilà ce qui appartient à toute l'Europe. Voilà ce qui fait que le jurisconsulte criminaliste est de tous les pays et fait autorité dans tous »⁸. Et aujourd'hui nous avons assisté à une démonstration de droit savant. A l'instar des civilistes, qui ont proposé des principes européens pour les droits des obligations, en s'élevant au-dessus de l'« *acquis communautaire* », vous avez montré que les pénalistes européenistes savaient aussi composer avec une foule de directives, pour trouver la clé de leur bonne intégration. La démarche d'aujourd'hui rejoint celle des pionniers qui proposèrent en 1997, sous la direction de *Mireille Delmas-Marty*, un *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union

7 - M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, E. Lambert-Abdelgawad, L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, UMR Droit comparé, société de législation comparée, Vol. 5, 2003.

8 - J.-L.E. Ortolan, *op. cit.* p. 106.

européenne⁹, qui devait dépasser le droit conventionnel. Elle rejoint également, celle du groupe qui a élaboré un projet de Code pénal européen sur les délits d'affaires (Euro-délits)¹⁰, ou plus récemment celle des professeurs de droit pénal de dix pays européens qui ont rédigé de véritables manifestes pour le droit pénal européen. On rappellera que ce dernier groupe, dont fait partie *Helmut Satzger* a élaboré en 2009 un *manifeste pour une politique criminelle européenne*¹¹, puis en 2013, un *manifeste pour une procédure pénale européenne*¹², et enfin en 2015, une proposition de statut pour le *parquet européen*¹³. Or c'est ce même esprit de *jus commune* qui planait sur la journée et qui, là encore, a été appelé par *Yves Bot* dans la matinée : « Faites nous connaître votre droit ! »

Enfin et surtout, il ressort de vos interventions, comme le présentait *Emmanuel Netter* en ouvrant ce colloque, que le droit pénal européen *n'est pas si étranger que cela*. Tel est évidemment le cas, au sein du Conseil de l'Europe, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, qui a permis à la Cour européenne des droits de l'Homme, depuis 1974, de redéfinir des pans entiers de la matière pénale (principalement en procédure pénale et en droit de la peine) et qui est parfaitement intégré dans nos ordres juridiques nationaux. Et le droit pénal de l'Union européenne n'est pas en reste. Faut-il rappeler en effet que ce droit exerce son influence depuis maintenant cinquante ans, soit un demi-siècle¹⁴, sur nos droits respectifs ? Ce droit de l'Union exerce tantôt un effet négatif, de neutralisation des textes pénaux contraires aux Traités constitutifs ou aux règlements¹⁵, tantôt un effet positif à

9 - M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997.

10 - V. J. Pradel RPD 2003. 289 s.

11 - *A Manifesto on European Criminal policy*, European criminal policy initiative, <http://www.crimpol.eu>

12 - *A Manifesto on European Criminal Procedure law*, European criminal policy initiative, <http://www.ziz-online.com>

13 - *The European public Prosecutor's Office, Legal and criminal Policy Perspectives*, Juridiska fakultetens Skriftserie Nr 83, Stockholm, 2015.

14 - V. E. Rubi-Cavagna, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Lextenso, Gualino, 2014 ; C. Haguenu-Moizard, F. Gazin, J. Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Paradigme, 2016.

15 - Par ex. Cass. crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n°169 (neutralisation de l'article 3 du Code du travail maritime réservant la fonction de capitaine et de capitaine en second aux seuls français, ce qui est incompatible avec l'article 39 du traité CE qui pose le principe de libre circulation des travailleurs).

travers des obligations d'incriminer, soit par transposition, soit par renvoi, soit par interprétation d'une incrimination ouverte¹⁶. Faut-il rappeler également le rôle de la Cour de justice des communautés européennes qui, depuis 1969, a consacré, à partir de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un certain nombre de droits fondamentaux, d'où elle a déduit des principes essentiels en droit pénal : la non rétroactivité de la loi pénale, le droit à un procès équitable, le principe du respect des droits de la défense ? C'est aussi la Cour de justice qui, en 1984, a consacré l'obligation d'interprétation conforme (les dispositions du droit national devant être interprétées à la lumière du droit communautaire) et en 1989, dans la célèbre affaire du maïs grec¹⁷, l'obligation de pénaliser sur le fondement d'une obligation de coopération « loyale ». En outre, depuis le Traité de Maastricht en 1992 puis le Traité d'Amsterdam, en 1997, lequel a créé l'Espace de Libertés, de Sécurité et de Justice, les directives puis les décisions-cadre se sont multipliées. Et tout s'est accéléré, lorsque le 13 septembre 2005, la Cour de justice a fait de la compétence pénale une compétence accessoire du droit communautaire, consacrée en 2007 par le Traité de Lisbonne sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Ce traité prévoit en effet une harmonisation à la fois procédurale (TFUE, art. 82) et de fond (TFUE, art. 83), laquelle est soit autonome - pour les euro-crimes ou les euros-délits (TFUE, art. 83 §.1)¹⁸, soit accessoire pour tout le reste

16 - Par. ex. Cass. crim., 6 févr. 2001, Bull. crim. n° 37 (condamnation d'un viticulteur pour falsification pour avoir eu recours à un traitement prohibé par un règlement communautaire, mais n'ayant pas fait l'objet d'une incrimination par renvoi).

17 - CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c. Grèce*, 68/88.

18 - Ce texte permet à l'Union d'établir des « règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines 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 » (TFUE, art. 83 §1). Certes la liste des domaines de l'harmonisation autonome ne peut être allongée sans une décision du Conseil à l'unanimité, mais l'on notera que l'article 83 §1 TFUE est rédigé de manière si vague qu'il contient déjà des possibilités d'extension. Il est ainsi déjà possible de légiférer dans le domaine de la criminalité « informatique » ou de la criminalité « organisée » (ce qui est très vaste), mais aussi dans le domaine des infractions « particulièrement graves », dont la dimension transfrontière peut ne résulter que des « conséquences » de l'infraction (ce qui est très vague) ou encore dès lors qu'il existe un « besoin particulier de les combattre sur des bases communes ».

(TFUE, art. 83 §.2)¹⁹. Autrement dit, comme l'a écrit *Stefano Manacorda*, le droit pénal de l'Union européenne est arrivé à « l'âge de la maturité »²⁰ et a même pris une « position centrale »²¹ dans nos droits, de telle sorte que, si on faisait le compte aujourd'hui, on trouverait certainement plus de textes pénaux d'origine européenne que de textes d'origines nationales.

Et il ne faut pas forcément s'en alarmer car ce processus d'euro péanisation ressemble peu ou prou au processus de nationalisation que nos ancêtres ont connu à la charnière du XVII^{ème} et du XVIII^{ème} siècle ; rappelons en effet qu'à cette époque la notion même de droit français n'était qu'une « pure vue de l'esprit, sans grande pertinence juridique au-delà de la sphère encore modeste des ordonnances royales »²². Et il en allait de même dans toutes les monarchies européennes qui se sont imposées, en prenant en main progressivement l'ensemble des institutions publiques. En France, la mutation monarchique s'est d'abord faite plus ou moins en douceur, entre le XIII^{ème} et le XVI^{ème} siècle, avec un droit coutumier resté source fondamentale, un droit royal en expansion et un droit canonique en déclin, puis tout s'est accéléré au XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle, sous l'ère de la monarchie absolue ; la reprise en main s'est faite non seulement par l'unification du droit mais aussi par l'unification des juges. Et l'on imagine qu'à cette époque, le droit français a pu aussi être perçu comme un *corps étranger*. Aujourd'hui, par comparaison, nous pouvons dire que nos coutumes nationales s'effacent et que l'unification s'accélère, au moyen de directives transposées. Mais peut-on vraiment parler de l'intégration d'un corps étranger, comme d'une

19 - L'article 83 §2 TFUE dispose que « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans des domaines ayant fait l'objet d'une mesure d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ». En soi, ce texte ne contient pas une véritable retenue, puisque s'il est relatif comme l'alinéa 1^{er} à des règles « minimales », il se réfère aussi à l'*efficacité* de la politique de l'Union. Toutefois, le § 3 comporte une clause de sauvegarde des identités nationales appelé aussi « frein de secours » (*emergency brake*), à savoir la possibilité de saisine du Conseil européen, si un État estimait que ces mesures risquaient « de porter atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale » (TFUE, art. 83, § 3).

20 - S. Manacorda, « L'âge de la maturité » : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne, RSC 2012, p. 931 et s.

21 - S. Manacorda, art. préc. p. 933.

22 - A. Leca, *Formation et transformation du droit français. Des origines au XXI^{ème} siècle*, LexisNexis 2015, n° 252.

« subversion » de nos droits nationaux par le droit européen²³ ? Certainement pas, dans la mesure où, rappelons-le, le processus est en marche depuis un demi-siècle et qu'il ne surprend donc plus : la loi de similitude est à l'œuvre.

Cette journée a d'ailleurs montré que le droit pénal national, en France, en Allemagne, ou en Belgique, n'existe plus à l'état pur - ne l'a-t-il jamais été ? - : il s'agit déjà d'un droit pénal *européanisé*. L'enjeu est donc bien de faire en sorte que ce droit pénal de l'Union soit mieux accepté par nos organismes²⁴. Et l'on retrouve la question du jour de la *transposition* puis de l'*intégration*.

Sur ce point, il a été démontré par tous que si la transposition est trop rapide, mal préparée, mal pensée, l'intégration sera mal assimilée, mal digérée. De ce point de vue, on peut être circonspect, lorsque le gouvernement recourt à la procédure accélérée pour opérer une transposition, comme ce fut le cas récemment avec la loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne²⁵. Et l'on peut être encore plus réservé, au plan de la légitimité démocratique, lorsque les lois de transposition n'en sont pas, mais sont de simples *ordonnances* de transposition.

L'« ordonnance » a néanmoins cet avantage de permettre une métaphore médicale pour dire, en guise de synthèse, que le *remède* du droit pénal européen ne doit être administré - si l'on prend l'image d'une pilule, d'une poudre ou d'un sirop, plutôt que celle d'un suppositoire...- qu'en suivant une *posologie* bien adaptée, censée faciliter sa *transposition* et son *intégration*.

Voyons donc d'abord la transposition ou l'*ingurgitation* du remède européen (section 1) puis son intégration ou son *assimilation* (section 2).

Section 1 - L'ingurgitation du remède européen

À l'image des médicaments que l'on ingurgite, la transposition des directives européennes peut se faire de deux manières, soit en

23 - A. Leca, préc., p. 307.

24 - J. Leblois-Happe, Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie ? in L. Saenko (dir.), *Le Nouveau Code pénal, vingt ans après*, LGDJ, 2014, p. 37 et s.

25 - V. E. Vergès, La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2015, p. 683 et s. ; v. également. C. Ribeyre, Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne : tout ça pour ça ?, *Dr. pénal*, 2015, Etude n° 21.

grande portion et rapidement - ce qui permet de ne pas en sentir le goût - (§ 1), soit en *petite portion* et doucement - ce qui permet de ne pas s'étouffer (§ 2).

§ 1 : En grande portion

La transposition en grande portion est celle qui permet d'introduire dans nos ordres juridiques de véritables *blocs* de législation ou *corpus juris*, dotés de leur propre cohérence. En présence de directives d'harmonisation minimale - ce qui devrait être la règle en droit pénal -, cette forme d'ingurgitation peut être pratiquée, soit parce que le besoin s'en fait sentir prestement (A), soit parce que le « patient » en a l'habitude (B).

A. En cas de besoin

Le besoin de transposition en bloc a pu se faire ressentir par exemple en Belgique, à propos de la lutte contre « la fraude au budget communautaire » ou encore de la lutte contre les « organisations criminelles » et contre les « groupes terroristes ». *Daniel Flore* nous a montré, en effet, non seulement que le droit pénal de l'Union européenne était un « mélange » parfaitement absorbable en ce domaine, mais aussi qu'il l'était d'autant plus que le droit belge était lacunaire sur ces deux derniers points. La transposition a donc été « littérale » et l'intégration « fidèle », même si le législateur belge a pris ses précautions au moment de définir plus précisément les notions d'organisation criminelle et de groupes terroristes. *Jacques-Henri Robert* a fait la même démonstration pour la France en matière de blanchiment : il nous a dit que la France avait un « intérêt » à la transposition, qui s'est traduit par un fort « appétit ». Les textes européens ont donc été parfaitement ingérés, même si la jurisprudence française les a mis, en quelque sorte, à sa sauce, en étendant l'incrimination à l'auto-blanchiment. L'appétit était, il est vrai, moins fort en matière de corruption, mais le besoin existait sur deux points : la corruption d'un fonctionnaire étranger et la corruption d'un fonctionnaire européen. Les français ont donc pris la portion complète, sans se soucier malheureusement de la compatibilité avec notre droit du fait justificatif contenu dans l'expression « sans droit ». C'est dire que ce type de transposition ne doit pas se transformer en habitude.

B. En cas d'habitude

Il faut généralement se méfier des habitudes surtout en matière de médication car cela crée de l'accoutumance et le risque est alors de consommer plus que nécessaire. Telle est l'impression que l'on a, en France, s'agissant de la transposition du *droit des victimes* d'infractions pénales : on en ingurgite beaucoup et plus par habitude que par nécessité. Morgane Daury-Fauveau nous a montré en effet, qu'en ce domaine, le législateur européen a fait le choix de l'harmonisation minimale car il est impossible d'obtenir l'unification tant les traditions nationales sont divergentes²⁶. Mais elle nous a mis aussi en garde contre la tentation du législateur français de vouloir « trop » prendre ou faire du « zèle », au risque de conduire à une « privatisation de l'action pénale ». Il est frappant en effet de constater, qu'en ce domaine, le législateur français absorbe tout, alors même que notre droit est déjà très *sympathique* et qu'il a souvent été en avance sur le droit européen²⁷. Faut-il rappeler à cet égard que le mouvement en faveur du droit des victimes a été entamé en 1906 avec l'arrêt *Laurent Atthalin*²⁸, et qu'il n'a eu de cesse de se poursuivre avec des lois d'indemnisation dans les années 80 puis des lois créant des droits plus substantiels, comme la grande loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et *aux droits des victimes*²⁹. Or lorsque l'Europe a commencé elle aussi à proposer des textes, comme la décision-cadre n° 2001/220/JAI du 15 mars 2001 relative au *statut des victimes dans les procédures pénales*³⁰, puis la directive du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004, relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité³¹, les lois fran-

26 - Pour une étude comparative complète au début des années 1990, v. G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht (dir.), *Victims and criminal justice*, Kriminologische Forschungsberichte, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, vol. 51 et 52 1/2, 1991.

27 - V. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion 1996, p. 146 et s.

28 - V. X. Pin, Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin, D. 2007, *Point de vue*, p. 1025.

29 - V. notamment S. Corioland, *La place de la victime dans le procès pénal*, thèse Strasbourg 2009.

30 - JOCE n° L82/1, 22 mars 2001 : Europe 2001, n°155, obs. Y. Gautier ; Décision cadre jugée d'application impérative en droit français : CJCE 16 juin 2005, aff. C. 105/03 AJ Pénal 2005 452 obs. J. Leblois-Happe.

31 - JOUE 6 août 2004, NL261/15 à 18.

çaises les ont accueillis sans beaucoup d'hésitation³². Cela fut même le cas, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, avec la directive n° 2012/29/E du Parlement européen et Conseil du 25 octobre 2012, remplaçant la décision cadre n° 2001/220/JAI et établissant *des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*, conformément à une « feuille de route » du Conseil de l'Union européenne. Or cette directive, qualifiée par notre collègue *Etienne Vergès*, de véritable « *corpus juris* » des droits des victimes³³ était véritablement novatrice en ce qu'elle définissait les droits minimaux pour les victimes et les membres de leur famille dans le but de « garantir que les victimes de la criminalité reçoivent des informations, un soutien et une protection adéquats et puissent participer à la procédure pénale ». Pourtant, il a immédiatement été dit que la transposition de la directive en France ne poserait pas de difficulté³⁴ et c'est bien ce qui est arrivé, puisque la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne³⁵, créa un 3^{ème} sous-titre dans le titre préliminaire du code de procédure pénale (CPP, art. 10-2 à 10-5). Une nouvelle fois la France a pris la grande portion sans que la nécessité ne soit avérée.

En l'occurrence, l'ingurgitation semble avoir été indolore, mais l'ennui est que ce genre de transposition ne fait jamais débat, alors même qu'il peut y avoir, dans le lot des dispositions transposées, certaines règles qui peuvent bouleverser notre procédure pénale. Tel est le cas, par exemple, de la *justice restaurative* (CPP, art 10-1),

32 - S'ajoutant aux particularités nationales, v. notamment décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes (JUDEVJ) ; loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 améliorant le recouvrement des dommages-intérêts (CPP, art. 706-75-1) ; la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, sur les violences au sein du couple (CPP art. 53-1 et 75 : information de la victime sur le droit de demander une ordonnance de protection) ; le décret n° 2011-393 du 28 décembre 2011, pris pour l'application de la loi n° 2011-393 du 11 août 2011 (CPP art. 716-16-2 et 745 : information de la victime de la date de libération d'un condamné ou de la fin d'un sursis avec mise à l'épreuve) ; ou encore la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines qui généralise à tous les tribunaux de grandes instances la possibilité d'instituer des bureaux d'aide aux victimes (BAV).

33 - JOUE 14 nov.2012 : Dr. pénal 2012, Alerte n° 55. E. Vergès, *Un corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations, RSC 2013, p. 121 et s.

34 - S. Detraz, Plus d'attention portée aux victimes, à propos de la directive du 25 octobre 2012, JCP G 2013, 3.

35 - À noter que la même loi transpose également la directive 2011/99/UE du 13 décembre 2011, relative à la décision de protection européenne.

que la loi du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* a adoptée alors qu'elle n'était pas imposée par le droit de l'Union mais seulement proposée et que le système judiciaire n'y était pas préparé. La justice restaurative, qui concerne autant la victime que l'auteur de l'infraction, est certainement très bonne en soi, mais elle a été admise en bloc pour être applicable « à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution des peines » sans que les professionnels de la justice n'y soient préparés. N'aurait-il pas fallu, par prudence, prendre d'abord une plus petite portion ?

§ 2 : En petite portion

En présence de directives d'harmonisation minimale, la transposition en petite portion ou en petits morceaux, doit être recommandée chaque fois que l'organisme n'est pas vraiment malade - le besoin n'étant alors pas perceptible - (A) ou chaque fois que le remède n'est pas vraiment usuel - le manque d'habitude risquant de provoquer un rejet (B).

A. En l'absence de besoin

Il ne faut pas transposer pour transposer. Si un ordre juridique, n'en éprouve pas le besoin, tout au plus peut-il accepter des doses *homéopathiques*, histoire de renforcer un peu son immunité. Tel est le cas, en France, de la lutte contre le terrorisme. *Mikaël Benillouche* nous a montré « l'évanescence du droit de l'Union en matière de lutte contre le terrorisme et ses composantes ». Notre droit s'est en effet progressivement armé depuis 1986, et même si la réaction du législateur a pu être jugée « tardive » concernant la criminalisation du phénomène, le droit français est aujourd'hui très fort - peut-être trop ? -, de sorte que tout ajout de droit européen n'est pas nécessaire. Au contraire, le droit de l'Union peut venir réfréner les ardeurs nationales. En ce sens, *Mikaël Benillouche* a constaté le « *grand écart* » effectué par le droit de l'Union européenne, la Cour de justice faisant preuve « *d'une grande audace dans son contrôle des droits internes* », s'assurant comme un « *garde-fou* » indispensable contre « *les excès auxquels peuvent aboutir les réformes nationales guidées par l'émotion et la peur* ». Dans un autre domaine, celui de la cybercriminalité, *Paul Cazalbou* a fait une démonstration ana-

logue, observant que certains aspects de la criminalité informatique étaient seulement « *façonnés* » par le droit de l'Union européenne à petites doses. Il nous a dit en effet que dans le domaine de la protection des données personnelles, de la répression de la pédopornographie et des atteintes aux systèmes de traitement des données « *le droit européen n'incite pas systématiquement à la pénalisation* » et que, lorsqu'il le fait, « *la France a souvent déjà prévu des dispositions adéquates permettant de réprimer, parfois plus sévèrement, les comportements en question* ». Certes, en ce qui concerne les modes de responsabilité, la directive du 8 juin 2000 relatives à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, a déterminé le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès et des intermédiaires techniques. Mais c'est la France qui a fait le choix de la pénalisation, l'Union européenne n'imposant pas spécifiquement les sanctions pénales. Donc si le système est aujourd'hui particulièrement complexe amenant à des distinctions subtiles entre, d'une part, les notions d'hébergeur, de fournisseur d'accès ou d'opérateur et, d'autre part, celles propres au droit de la presse, de directeur de la publication et d'auteur, ce n'est pas en raison d'une surdose de droit européen. Le droit français avait, si l'on peut dire, déjà une boîte de médicament dans l'armoire, qu'il a continué à utiliser par habitude.

B. En l'absence d'habitude

En revanche, lorsqu'un système national n'est pas habitué à la médication européenne et que le législateur européen laisse une grande marge d'appréciation aux Etats, la transposition par petite portion doit être recommandée, car c'est la meilleure façon de ne pas provoquer le rejet³⁶. *Elise Letouzey* nous a ainsi montré en droit pénal général, les incidences substantielles « *limitées* » du droit de l'Union européenne. De même, en procédure pénale, *Sophie Corioland*, a fait la démonstration que le « *statut du suspect* », tel qu'il a été imaginé par l'Union européenne, passe mal en droit français car il ne procède pas de la même culture. Traditionnellement, le droit français est plus sympathique à l'égard des victimes qu'empathique à l'égard des suspects. La pilule est donc difficile à avaler et le législateur la découpe en petits morceaux. En l'occurrence, les premières mesures

36 - V. C. Ribeyre, Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'union européenne : tout ça pour ça ?, Dr. Pénal 2015, Etude n° 21.

de 2009 n'ont été transposées que « pour *partie* » et la directive de 2013 créant un socle minimal de protection a donné lieu en 2014 à une « timide » transposition, qui n'est que « l'amorce » d'un statut pour le suspect, avec notamment l'institution d'une audition sans contrainte et un début de droit à l'information. Pointant « *les insuffisances de ces transpositions* », *Sophie Corioland* nous a rappelé, par exemple, que le droit d'accès au dossier en garde-à-vue n'a toujours pas été pleinement consacré. L'Union européenne est cependant revenue à la charge avec 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*, qui devra être transposée au plus tard le 1^{er} avril 2018. Cette nouvelle directive propose notamment de doter les suspects ou les personnes poursuivies, d'un socle minimal de droits dès qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou une infraction pénale alléguée, jusqu'à ce que la décision finale visant à déterminer si cette personne a commis l'infraction pénale concernée soit devenue définitive. En ce domaine, on constate que le droit français ne se précipite pas et c'est peut-être une bonne chose, car même si le risque existe d'une réprimande de la Cour de justice, la lenteur permet de préparer les esprits, elle est un gage d'une meilleure assimilation.

Section II - L'assimilation du remède européen

L'intégration ou l'assimilation des directives européennes ne se fait pas toujours de manière très digeste. Les exposés d'aujourd'hui ont montré en effet qu'il pouvait y avoir deux types *d'effets indésirables* après une transposition mal menée, à savoir soit des complications (§ 1), soit - et c'est le pire - une indigestion pouvant aller jusqu'à la régurgitation (§ 2).

§ 1 : Les complications

Les complications sont bien souvent la conséquence de transpositions trop hâtives, prenant la forme de copier-coller. Le droit d'origine européenne a alors du mal à être assimilé parce que l'on ressent qu'il provient d'une autre culture ou que ces termes résultent d'une autre langue : il est mal compris. Concrètement, et pour continuer de filer la métaphore médicale, ces transpositions peuvent provo-

quer soit des maux de tête, du fait de l'inaccessibilité des textes (A) soit des maux ventre ou des nausées, du fait de l'instabilité ou de la fragilité des textes (B).

A. L'inaccessibilité

Le droit européen mal transposé peut constituer, pour le juriste, un véritable casse-tête, ne serait-ce parfois que pour comprendre le sens des dispositions concernées. Cette complication, il est vrai, n'est pas propre à la technique de la transposition. *Elise Letouzey* et *Helmut Satzger* ont ainsi dénoncé les affres de la *technique du renvoi* : en matière d'incrimination, le renvoi d'un niveau interne à un niveau européen est une source de grande complexité. Mais le procédé de la transposition peut ajouter de l'obscurité à la complexité. *Elise Letouzey* l'a montré à propos de l'incrimination par omission où, du fait d'une transposition, « l'omission peut être combinée au renvoi », ce qui rend l'accès à l'incrimination « assez périlleux ». *Helmut Satzger* a constaté, quant à lui, que sous l'influence des directives européennes, le « style » du Code pénal s'est obscurci. Les délits d'origine européenne sont écrits de manière beaucoup plus alambiquée que les délits classiques de vol (*Diebstahl*), d'extorsion (*Raub*), d'homicide volontaire (*Totschlag*), de blessure corporelle (*Körperverletzung*) ou encore d'usurpation de pouvoir (*Amtsannahme*). En comparant ces infractions classiques aux infractions « d'origine (aussi) européenne », comme le § 184b StGB sur la pornographie infantile, le § 232 sur la traite des êtres humains au fin de l'exploitation sexuelle, le § 261 StGB sur le blanchiment d'argent, le § 264 StGB sur l'escroquerie aux subventions ou encore le § 303b StGB sur les actes de sabotage informatique, on s'aperçoit très vite de la complexité de ces dispositions. L'explication tient parfois à la marge d'appréciation laissée au législateur national qui « est amené à transformer des prescriptions européennes souvent très vagues en une disposition suffisamment précise », mais la complexité résulte aussi du « contenu de ces directives, souvent très technique et complexe ». Le principe de légalité, qui exige que « le texte » soit aisément compréhensible, n'y trouve pas son compte. Du reste, quel texte faut-il critiquer ? Puisque, comme l'a fait observer *Helmut Satzger*, « en cas de transposition d'une directive européenne il y en a deux : le texte européen et le texte national, qui est le résultat de la transposition en droit interne ». Du coup, en cas de difficulté d'in-

interprétation du texte transposé, il faut remonter au texte d'origine, mais dans quelle langue ? Puisqu'il en existe « 24 versions ». De ce point de vue, il est inutile de plaider pour une plus grande précision des textes européens ; *Elise Letouzey*, constatant notamment l'incapacité structurelle du droit de l'union « à marquer de son empreinte la structure de l'infraction », nous a bien dit qu'il valait mieux se contenter « d'outils *plus grossiers* », tel que le mandat d'arrêt européen. C'est donc surtout l'art de la transposition au plan national qui doit encore être affiné.

B. L'instabilité

Une autre complication mise en évidence notamment par *Frédéric Stasiak* est l'instabilité ou la fragilité du droit pénal d'origine européenne. Notre collègue nous a en effet parlé des « fluctuations » des abus de marchés en droit interne face au droit européen, en démontrant des « variations successives en sens contraire » : une directive qui demande de mettre en place des sanctions pénales, avec des dispositions transposées de manière « anticipée » et d'autres de manière « précipitée », alors que, dans le même temps, paraissait un règlement qui mettait en place des sanctions administratives. On comprend alors le malaise que l'on a ressenti à propos du *cumul de sanctions* pénale et administrative, jusqu'à la censure du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015. Le législateur français ayant agi trop vite et au mépris de la règle *non bis in idem*, pourtant consacrée par le droit européen, s'est laissé balloter par des textes apparemment contraires, alors qu'il lui aurait suffi de mieux les lire - *la posologie* - pour comprendre que le cumul de sanctions n'était nullement imposé par le législateur européen. N'ayant pas pris cette précaution et ayant transposé précipitamment, il a eu une sorte de régurgitation, comme après une indigestion.

§ 2 : L'indigestion

L'indigestion provoquant le rejet est l'ultime effet indésirable d'une transposition mal menée. *Jacques-Henri Robert* l'a parfaitement illustré avec la transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, d'où il est résulté une législation « indigeste ». En recopiant purement et simplement le texte de la directive, qui décrivait les

moyens de la déloyauté, le législateur français a accepté de punir autant les pratiques commerciales « trompeuses » que les pratiques commerciales « agressives ». Mais la transposition s'est faite ici sans véritablement mesurer la différence de culture, si bien qu'aujourd'hui, on ne sait pas si l'on peut punir, en France, une pratique commerciale déloyale qui ne serait ni trompeuse, ni agressive.

Frédéric Stasiak nous a également mis en garde contre ces troubles digestifs, à propos de la transposition précipitée des dispositions européennes en matière d'abus de marché. Le droit français doit désormais composer avec un corps de règles très étranges comme, par exemple, l'incrimination de « la tentative de diffusion d'information », la justification par les « raisons légitimes », la répression fondée sur un critère de « gravité » ou encore l'imputation d'une infraction à une personne morale, par la seule implication d'un « préposé ».

Mais en définitive, on l'aura compris, tous ces maux ne sont pas ceux du droit pénal européen, ils sont ceux de la *transposition*. Espérons donc que les législateurs nationaux entendront les bons conseils que vous leur avez prodigués, en leur disant de ne pas transposer de manière précipitée et de ne pas transposer plus que nécessaire. Tout l'art de la transposition est là, il consiste à trouver le bon rythme et la bonne dose.