

Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg

Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois

Antoine BAILLEUX*
Jérémie VAN MEERBEECK**

PLAN

Introduction

- I. Les droits de l'homme et le droit pénal dans l'ordre juridique européen
 - 1. Les relations entre le droit communautaire et les droits de l'homme
 - 2. Les relations entre le droit communautaire et le droit pénal
 - A. Le droit pénal national, neutralisé ou entraîné par le droit communautaire
 - B. La compétence répressive de la Communauté et l'émergence d'une compétence pénale dans l'ordre juridique européen
- II. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal
 - 1. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal et le droit communautaire
 - A. Les droits de l'homme face au pouvoir répressif des institutions communautaires
 - B. Les droits de l'homme face au pouvoir répressif des Etats membres
 - 2. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal et épée du droit communautaire
 - A. Les droits de l'homme face au manque de diligence des Etats dans l'exécution de leurs obligations communautaires
 - B. Les droits de l'homme, conditions de validité du droit pénal national
 - C. Les droits de l'homme, conditions d'application du droit pénal national
- III. Le droit pénal, épée des droits de l'homme
 - 1. Quand la Cour de justice bénit l'épée – les Etats autorisés à recourir à la voie pénale
 - 2. Quand la Cour de justice brandit l'épée – les Etats obligés de recourir à la voie pénale
 - 3. Quand la Cour de justice tend l'épée – la Communauté habilitée à recourir à la voie pénale

Conclusion

Introduction

1. Au premier abord, le sujet de cette contribution peut surprendre¹. La question de l'articulation du droit pénal et des droits de l'homme semble, il est vrai, fort éloignée des préoccupations habituelles des juridictions communautaires. Épine dorsale de la construction européenne, l'établissement du marché intérieur ne paraît guère nécessiter la mise en place d'un appareil pénal ou l'adoption d'un catalogue de droits fondamentaux. Du reste, la politique criminelle et – dans une moindre mesure – la protection des libertés fondamentales font partie de ces prérogatives inhérentes à la souveraineté nationale. Que les juges de Luxembourg disposent d'un droit de regard sur le pré carré des Etats membres – ou de la Cour européenne des droits de l'homme² –, voilà qui peut paraître étonnant.

* Aspirant du F.N.R.S. rattaché aux Facultés universitaires Saint-Louis

** Avocat et assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis.

¹ La présente contribution est mise à jour au 1^{er} septembre 2006.

² Ci-après, la CEDH.

2. Et pourtant. Le fonctionnement effectif du « grand marché » et l'approfondissement de l'intégration européenne ont rapidement amené les droits de l'homme et le droit pénal – au sens large – dans l'orbite du droit communautaire. Orchestrés par la Cour de justice³, les rapports qu'entretient celui-ci avec ceux-là se caractérisent par un double mouvement d'attraction et d'opposition, qui n'est pas sans évoquer les images de l'épée et du bouclier. Cette ambivalence apparaît très nettement en ce qui concerne le droit pénal. Tantôt la mise en œuvre efficace du droit communautaire commande une action répressive (fonction «épée»), tantôt l'espace de liberté consacré par les traités s'oppose à une utilisation abusive du droit pénal (fonction «bouclier»). Il n'en va pas différemment pour la protection des droits fondamentaux. Souvent appelés à faire obstacle à l'application d'une mesure communautaire (fonction «bouclier»), les droits de l'homme sont parfois invoqués à l'appui des principes fondateurs de l'édifice européen (fonction «épée»).

3. Ce constat nous conduit à formuler deux observations. D'une part, la présence – en force – des droits de l'homme et du droit pénal dans la jurisprudence de la CJCE tend à confirmer l'intérêt de notre champ d'investigation. Tour à tour partenaires et adversaires du droit communautaire, le droit « répressif » et les droits fondamentaux se croisent régulièrement dans les arrêts de la CJCE et du Tribunal de première instance. Comme nous le verrons, ces rencontres sont le plus souvent conflictuelles. Les droits de l'homme font office de remparts – ou de boucliers – contre lesquels viennent buter les mesures répressives prises par les institutions européennes et par les Etats membres. Récemment cependant, on a également pu observer des phénomènes d'alliance entre ceux que l'on considère généralement comme des « frères ennemis ». La protection des droits fondamentaux apparaît alors comme le levier du droit « odieux ». Nous y reviendrons plus loin.

4. Notre seconde observation prendra la forme d'un avertissement au lecteur. Contrairement à la jurisprudence de la CEDH, les arrêts de la CJCE ne mettent pas en scène des rapports « bruts » entre le droit pénal et les droits fondamentaux qui se jouent sur le terrain plane de l'ordre juridique national. Point d'ancrage nécessaire à la compétence de la Cour, le droit communautaire – entendu au sens large – vient doublement compliquer l'étude de ces relations devant les juges de Luxembourg.

5. D'une part, nous avons signalé plus haut que le droit communautaire – compris comme instrument de l'intégration européenne – entretient lui-même des rapports « amour-haine » avec les droits de l'homme et avec le droit pénal. Au lieu d'une seule, nous nous trouvons dès lors confrontés à *trois* relations « bouclier-épée » : entre les droits de l'homme et le droit communautaire, d'abord ; entre ce dernier et le droit pénal, ensuite ; entre les droits de l'homme et le droit pénal, enfin. Les fils de cette relation triangulaire ne sont assurément pas faciles à démêler. Les interactions entre les droits de l'homme et le droit pénal sont « parasitées » par la présence du droit communautaire, dont la dynamique centripète favorise tantôt l'un, tantôt l'autre, tantôt les deux.

6. D'autre part, cette irruption du droit communautaire entraîne parfois dans son sillage des questions liées à la répartition – horizontale – des compétences. Le recours du législateur communautaire à la voie pénale, l'opposabilité des droits de l'homme aux autorités nationales, la possibilité d'une harmonisation des sanctions pénales au niveau européen sont autant de questions lourdes de conséquences sur le plan institutionnel. On ne s'étonnera pas, dès lors, de voir surgir des concepts tels que l'autonomie procédurale des Etats, la marge

³ Ci-après, également la CJCE.

d'appréciation nationale ou le principe d'attribution des compétences dans des arrêts où se rencontrent le droit pénal et les droits de l'homme.

7. Ces mises en garde ne doivent toutefois pas nous dissuader de passer la jurisprudence communautaire au prisme des rapports entre le droit pénal et les droits de l'homme. Elles entendent simplement nous avertir de la présence, en amont et au sein de ces rapports, de questions liées à la spécificité de l'ordre juridique européen. Ces facteurs externes brouilleront nécessairement – mais enrichiront d'autant – notre grille de lecture. Ils affleureront parfois directement dans les arrêts que nous aborderons. Nous tâcherons alors de les signaler et d'en évaluer l'impact.

8. Afin de dissiper tout malentendu, il convient d'ajouter encore deux précisions relatives à ce qu'il a été proposé d'appeler la fonction « épée ». Notre première remarque tient à l'ambiguïté d'une telle expression. Il nous apparaît en effet que la métaphore de l'épée ne se limite pas à désigner un phénomène *d'alliance* entre deux dynamiques ou deux logiques, en l'espèce les droits de l'homme et le droit pénal, le droit communautaire et le droit pénal, les droits de l'homme et le droit communautaire. Elle implique également l'idée d'une *subordination* ou d'une *instrumentalisation* – certes relative et ambivalente – de l'une au profit de l'autre. Au regard de cette définition, l'image des droits de l'homme comme épée du droit pénal semble exprimer l'idée selon laquelle les premiers sont placés au service du second, redoutables instruments de légitimation du bras armé du pouvoir.

9. Disons-le d'emblée, cette hypothèse ne trouve guère d'écho dans la jurisprudence communautaire. Les juges de Luxembourg ne semblent pas enclins à utiliser les droits de l'homme comme prétexte à la mise en œuvre d'une action répressive voulue pour elle-même⁴. En revanche, la lecture de certains arrêts de la Cour de justice révèle toute la pertinence de l'hypothèse inverse. A diverses reprises, la haute juridiction autorise ou impose le recours au droit pénal afin d'assurer aux droits de l'homme le bénéfice d'une protection particulièrement efficace. C'est alors le droit pénal qui constitue l'instrument de promotion – l'épée – des droits de l'homme et non l'inverse. Pour cette raison, il nous a paru plus adéquat, dans le cadre de cette contribution, de considérer le droit pénal comme l'épée des droits de l'homme, et non les droits de l'homme comme l'épée du droit pénal⁵.

10. Notre seconde remarque porte sur le caractère novateur de cette fonction « épée ». Contrairement à ce que peut laisser sous-entendre le thème de ce colloque, il nous semble que l'impératif de protection des droits de l'homme se trouve *depuis toujours* à l'origine de la répression criminelle. Les droits fondamentaux font en effet partie de ces « états forts et définis de la conscience commune » dont parlait déjà Durkheim. On ne peut manquer d'observer, à cet égard, que le droit à la vie, le droit à la propriété et le droit à l'intégrité physique ont à eux seuls dicté la quasi-totalité du Code pénal.

11. Si la fonction « épée » des droits de l'homme n'est pas nouvelle, il nous apparaît en revanche qu'elle a connu récemment deux évolutions. D'une part, l'épée a changé de main. Hier encore confiée à la garde exclusive du législateur, la politique criminelle est aujourd'hui en partie dessinée par les juges, et le plus souvent par les juges internationaux. Revêtus d'une

⁴ Différente, en revanche, est l'hypothèse où les droits de l'homme seraient mis au service du développement du droit communautaire.

⁵ Il convient cependant de préciser que ces rapports de subordination ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. Au contraire, l'un entraîne généralement l'autre. Ainsi, l'utilisation du droit pénal pour promouvoir les droits de l'homme a pour conséquence de lui donner une légitimation indéniable, et inversement.

légitimité inébranlable – celle de gardiens des droits de l’homme – , ceux-ci organisent l’agenda répressif des Etats au gré des affaires qui leur parviennent. Seconde évolution, les lames de l’épée sont plus nombreuses qu’auparavant. Aux droits fondamentaux traditionnellement reliés à la répression pénale – droit à la vie/interdit de tuer, droit à la propriété/prohibition du vol – s’ajoutent désormais de nouvelles catégories de droits. Ce sont d’abord les droits dits de la troisième génération qui, tels le droit à un environnement sain, viennent exiger l’adoption – et l’application – de mesures pénales. Mais ce sont aussi – et peut-être surtout – les droits « boucliers » qui, abandonnant leur rôle de frein de l’action répressive, sont désormais invoqués en soutien de celle-ci. Il en est ainsi de certains droits procéduraux qui, mis au service de la victime, « se retournent » parfois contre l’accusé. Dans le contexte propre au droit communautaire, il en va de même du principe de libre circulation. Classiquement opposé aux législations pénales nationales qui entravent les échanges intracommunautaires, il arrive qu’il contraigne les Etats membres à adopter des mesures répressives.

12. Les pages qui suivent ne prétendent pas à l’exhaustivité. Dans notre domaine d’investigation comme dans beaucoup d’autres, la jurisprudence communautaire est bien trop riche et complexe pour que l’on puisse espérer en faire le tour. La présente contribution poursuit malgré tout un triple objectif. Elle entend d’abord donner un aperçu des fonctions « bouclier » et « épée » qui caractérisent les relations entre le droit pénal et les droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Elle cherche ensuite à démontrer la présence et l’influence des enjeux propres au droit communautaire qui sous-tendent ces relations. Enfin, sans s’aventurer à prédire l’avenir, elle tente de dégager les voies qui se présentent aujourd’hui au juge européen.

13. Cette étude sera divisée en trois parties. Nous commencerons par rappeler comment les droits de l’homme et le droit pénal ont fait leur entrée dans le droit communautaire (1). Cette mise en contexte permettra de poser certains jalons tout en mesurant l’ambivalence des relations qui unissent le droit communautaire aux droits de l’homme et au droit pénal. Nous aborderons ensuite la fonction « bouclier » des droits de l’homme (2). Tantôt s’opposant à la dynamique de l’intégration européenne, tantôt s’alliant à celle-ci, les droits de l’homme apparaîtront comme des obstacles à l’action répressive des institutions européennes et des Etats membres. Nous terminerons en nous interrogeant sur la présence, dans la jurisprudence communautaire, d’une fonction « épée » du droit pénal en faveur des droits de l’homme (3). La lecture de certains arrêts récents nous apprendra que lorsqu’ils favorisent l’intégration, certains droits fondamentaux peuvent effectivement commander le recours au droit pénal.

I. Les droits de l’homme et le droit pénal dans l’ordre juridique européen

1. Les relations entre le droit communautaire et les droits de l’homme

14. La raison pour laquelle les rédacteurs du traité de Rome de 1957 omirent d’y intégrer une référence aux droits de l’homme reste sans doute l’un des plus grands mystères de l’histoire de la construction européenne. La nature exclusivement économique du marché commun et les garanties offertes par les constitutions nationales convinquirent-elles les négociateurs de l’inutilité d’une telle référence ? Ou bien est-ce la crainte de voir la C.E.E. s’arroger par ce biais de nouvelles compétences qui explique le silence du traité de Rome ? Quels qu’en soient

ses fondements, le « péché originel » dont se rendirent ainsi coupables les rédacteurs du traité n'a jamais cessé de hanter l'édifice européen. De la consécration jurisprudentielle des droits de l'homme aux tentatives d'adhésion à la CEDH en passant par la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, les tentatives de « rachat » furent nombreuses. Pour autant, la rémission n'est aujourd'hui encore pas tout à fait acquise.

15. C'est la Cour de justice qui, la première, s'attela à l'élaboration d'un régime de protection des droits de l'homme au niveau communautaire. Sous la pression de certaines juridictions nationales⁶, elle intégra rapidement le respect des droits fondamentaux aux « principes généraux du droit communautaire »⁷. L'examen des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres »⁸ et des « instruments internationaux concernant les droits de l'homme auxquels [ils] ont coopéré ou adhéré »⁹ permit à la Cour de forger un véritable *Bill of Rights* jurisprudentiel. Bien vite, la Convention européenne des droits de l'homme acquit dans ce cadre « une signification particulière »¹⁰, sans jamais toutefois pouvoir accéder au statut de source directe de droits¹¹.

16. En dépit de quelques déclarations politiques proclamant l'attachement des Communautés européennes au respect des droits de l'homme¹², la jurisprudence communautaire resta longtemps sans effet sur le silence embarrassé des traités. Malgré les pressions des institutions européennes et de certaines délégations gouvernementales, l'Acte unique européen de 1986 – première modification du traité de 1957 – se limita à rappeler, dans son préambule, l'importance des droits de l'homme pour l'Europe. Il fallut attendre la signature, à Maastricht, du traité sur l'Union européenne pour que l'acquis jurisprudentiel en matière de droits fondamentaux fasse son entrée officielle dans le droit primaire. Mais alors que l'article F.2 déclarait solennellement que « [l'] Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la (...) [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles

⁶ On cite généralement ici l'arrêt *Frontini* de la Cour constitutionnelle italienne du 27 décembre 1973 (R.T.D.E., 1974, p.149) et l'arrêt dit « Solange I » du *Bundesverfassungsgericht* du 29 mai 1974 (R.T.D.E., 1975, p.322). Mais le vent de la révolte grondait depuis longtemps déjà au sein des juridictions de fond allemandes et italiennes. Sur ces décisions pionnières, cf. P. PESCATORE, "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", C.D.E., 1968, p.629-657 et G. COHEN-JONATHAN, « Cours constitutionnelles et règlements communautaires », C.D.E., 1975, p.178-180.

⁷ Cette reconnaissance des droits fondamentaux date de l'affaire 29/69, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm* du 12 novembre 1969 (Rec., 1969, p.419). Elle fut précédée de quelques décisions de rejet : cf. aff. 1/58, *Friedrich Stork & Cie contre Haute Autorité*, 4 février 1959, Rec., 1959, p.43 ; aff. 36, 37, 38 & 40/59, *Geitling et autres c. Haute Autorité*, 15 juillet 1960, Rec., 1960, p.857 ; aff. 40/64, *Sgarlata et autres c. Commission*, 1er avril 1965, Rec., 1965, p.279.

⁸ Aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, Rec., 1970, p.1135.

⁹ Aff. 4/73, *Nold c. Commission*, 14 mai 1974, Rec., 1974, p.491.

¹⁰ La CEDH fut citée pour la première fois par la CJCE dans l'affaire 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur* du 28 octobre 1975 (Rec., 1975, p.1219). Elle « revêt une signification particulière » depuis l'arrêt *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz* du 13 décembre 1979 (aff. 44/79, Rec., 1979, p.3727). Cf. en ce sens, plus récemment, C-274/99, *P. Connolly c. Commission*, 6 mars 2001, Rec., 2001, p.I-1611, pt.37, C-94/00, *Roquette Frères c. Commission*, 22 octobre 2002, Rec., 2002, p.I-9011, pt.23 et C-112/00, *Schmidberger c. Autriche*, 12 juin 2003, Rec., 2003, p.I-5659, pt.71.

¹¹ « (...) le Tribunal n'est pas compétent pour apprécier la légalité d'une enquête en matière de droit de la concurrence au regard des dispositions de la CEDH, dans la mesure où celles-ci ne font pas partie en tant que telles du droit communautaire » (T-347/94, *Mayr-Melnhof c. Commission*, 14 mai 1998, Rec., p.II-1751, pt. 311 ; T-112/98, *MannesmannröhrenWerke AG*, 20 février 2001, Rec., 2001, p.II-729, pt.59). Le langage de la CJCE est cependant parfois franchement ambigu : cf.e.a. C-185/95, *P. Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, 17 décembre 1998, Rec., 1998, p.I-8417, pts.20-21 ; C-235/92, *P. Montecatini c. Commission*, 8 juillet 1999, Rec., 1999, pt.175.

¹² Cf. e.a. la Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977 (J.O., 27 avril 1977, C103/I-2) et la Déclaration sur la démocratie des chefs d'Etat ou de gouvernement des 7-8 avril 1978 (Bull. C.E., 1978, n°3, p.5).

communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire », l'article L omettait de rendre la CJCE compétente pour assurer le respect de cet engagement.

17. La rédaction du traité d'Amsterdam permet de corriger cette bévue. En attribuant à la CJCE le pouvoir de contrôler le respect des droits de l'homme par les institutions communautaires, l'article 46 UE reconnaissait – à moitié¹³ – au juge communautaire un pouvoir qu'il s'était attribué trente ans auparavant. Le traité d'Amsterdam permit de réaliser d'autres avancées dans le domaine des droits fondamentaux. La mise en place d'une procédure – politique – de sanction à l'égard d'un Etat membre peu respectueux de la démocratie et des droits de l'homme (art.7 UE) et l'attribution au législateur communautaire de nouvelles compétences dans les domaines de la lutte contre les discriminations (art.13 CE) méritent une mention spéciale à cet égard¹⁴.

18. Malgré les mérites du traité d'Amsterdam, l'Union européenne demeurait dépourvue d'un catalogue écrit de droits fondamentaux. Réunis en Conseil européen à Cologne, les chefs d'Etat et de gouvernement décidèrent de remédier à cette carence en mettant en chantier la rédaction d'une « Charte communautaire des droits fondamentaux ». Issue des délibérations d'une « Convention » composée de représentants des Etats membres et des institutions européennes, cette Charte fut solennellement proclamée à Nice le 7 décembre 2000 par le Parlement, la Commission et le Conseil¹⁵. La ferme opposition de certains Etats empêcha toutefois de donner à ce texte une force juridique contraignante en l'incorporant au traité de Nice.

19. Mise sur pied quelques mois plus tard, la « Convention sur l'avenir de l'Europe » fut – notamment – chargée de réfléchir à la manière de doter l'Union européenne d'un *Bill of Rights* juridiquement contraignant. Au terme de plusieurs mois de débats, les conventionnels établirent un projet de Constitution européenne qui, tout en incorporant la Charte des droits fondamentaux, prônait également l'adhésion formelle de l'UE à la CEDH¹⁶. Adopté par les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres, le traité établissant une Constitution pour l'Europe connaît aujourd'hui les déboires que l'on sait. Rejeté par les peuples français et néerlandais, son entrée en vigueur semble aujourd'hui compromise et avec elle, l'espoir de voir bientôt l'Union européenne dotée d'un catalogue écrit de droits fondamentaux. Face à l'incurie du « constituant communautaire », les juges de Luxembourg continuent de tenir les premiers rôles dans la protection des droits de l'homme¹⁷.

20. Une fois planté le décor, il convient d'observer comment les protagonistes y interagissent. A cet égard, on a déjà pu relever le double mouvement d'opposition et d'attraction qui régit

¹³ En limitant la compétence de la CJCE aux actes des institutions communautaires, l'article 46 faisait – délibérément ? – l'impasse sur une jurisprudence bien établie qui, des arrêts *Rutili* (précité) à *Familiapress* (26 juin 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3689) en passant par *Wachauf* (13 juillet 1988, *Rec.*, 1989, p.2609), étend le contrôle de la Cour aux mesures *nationales* prises dans le cadre du droit communautaire.

¹⁴ Pour un compte-rendu beaucoup plus complet et détaillé, cf. O. DE SCHUTTER, "Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam", in Y. LEJEUNE (dir.), *Le Traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.153-187.

¹⁵ *J.O.*, 18 décembre 2000, C 364/1.

¹⁶ Elle s'inscrivait ainsi dans la ligne de l'opinion 2/94 du 28 mars 1996 dans laquelle la CJCE déclara que l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH « (...) revêtirait une envergure constitutionnelle [telle qu'elle] (...) ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité » (*Rec.*, 1996, p.1759).

¹⁷ Après une longue période de silence, la Cour de justice s'est enfin décidée à citer la Charte des droits fondamentaux dans l'un de ses arrêts : cf. C-540/03, *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, non encore publié au Recueil. Elle suit ainsi l'exemple du Tribunal de première instance et de la CEDH.

les rapports entre les droits de l'homme et le droit communautaire. Au vu de son importance pour la suite de cette étude, il importe d'y revenir un peu plus longuement.

21. Que les droits fondamentaux jouent une fonction de « bouclier » contre le droit communautaire, voilà qui tombe sous le sens. Reconnus sous la pression de juridictions nationales préoccupées par l'ardeur des institutions européennes, les droits de l'homme ont directement vocation à protéger les particuliers des excès de l'autorité communautaire. Dès ses premiers arrêts, la Cour a entériné cette fonction « limitative » des droits fondamentaux. On signalera au passage que les droits de l'homme tels que reconnus dans l'ordre juridique européen ne se limitent pas à encadrer l'activité des institutions communautaires. Lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les Etats membres sont eux aussi tenus au respect des droits fondamentaux. Nombreuses sont les lois de transposition d'une directive et les décisions de mise en œuvre d'un règlement qui ont ainsi été examinées par la Cour de justice au regard des droits de l'homme¹⁸.

22. A côté de cette fonction traditionnelle d'opposition, force est de reconnaître que la protection des droits fondamentaux sert parfois les desseins de l'intégration européenne. Pour l'intérêt de cette étude, on se limitera à considérer trois cas de figure. Premièrement, il convient de remarquer que certains principes cardinaux de l'ordre juridique communautaire s'identifient peu ou prou à des droits fondamentaux. Ainsi en est-il par exemple des libertés de circulation (articles 28, 39, 43, 49 et 56 CE) et de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité (article 12 CE), qui relèvent aussi bien de l'idéologie des droits de l'homme que de la dynamique centripète de la construction européenne.

23. La jurisprudence de la CJCE nous apprend ensuite que lorsqu'ils dérogent aux libertés de circulation, les Etats membres ne peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique communautaire¹⁹. On appréciera la logique intégratrice de ce filtre à deux niveaux. Une fois passé l'obstacle des libres circulations – et démontré le caractère proportionné et le but légitime de leur mesure –, les Etats doivent encore franchir l'écueil des droits fondamentaux pour se dégager de l'emprise du droit communautaire.

24. Enfin, il est une troisième situation dans laquelle les impératifs de protection des droits de l'homme et les nécessités de l'intégration communautaire agissent de concert. Bien souvent, le processus d'harmonisation des législations nationales passe par un renforcement des droits fondamentaux au niveau national. Tantôt une mesure communautaire contraint les Etats à introduire dans leur droit national une garantie procédurale issue d'un droit de l'homme,

¹⁸ Cf.e.a. aff.222/84, *Johnston*, 15 mai 1986, *Rec.*, 1986, p.1651 ; aff.5/88, *Wachauf*, 13 juillet 1988, *Rec.*, 1988, p.2609.

¹⁹ Cf.e.a. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e.a.*, 18 juin 1991, *Rec.*, 1991, p.I-2925 ; C-368/95, *Vereinigte Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3689. On rappellera que la Cour de justice n'est pas compétente pour contrôler, au regard des droits fondamentaux, la conformité des mesures nationales qui ne présentent aucun lien de rattachement avec le droit communautaire. Seules les réglementations nationales qui entrent dans le champ d'application des traités relèvent de la compétence des juges de Luxembourg. Parmi celles-ci, certaines sont – directement – adoptées par les Etats en vue de mettre en œuvre une mesure de droit dérivé tandis que d'autres se voient – indirectement – attirées dans l'orbite du droit communautaire en raison de leur objet ou des effets qu'elles produisent. Ce rappel ne semble pas tout à fait inutile au vu des nombreuses affaires opposant droits de l'homme et droit pénal qui, dépourvues de tout élément de rattachement au droit communautaire, débouchèrent sur un constat d'incompétence de la Cour de justice : cf.e.a. C-177/94, *Perfili*, 1^{er} février 1996, *Rec.*, 1996, p.I-161 ; C-144/95, *Maurin*, 13 juin 1996, *Rec.*, 1996, p.I-2909 ; C-299/95, *Kremzow*, 29 mai 1997, *Rec.*, 1997, p.I-2629 ; C-291/96 *Grado et Bashir*, 9 octobre 1997, *Rec.*, 1997, p.I-5531.

tantôt elle les oblige à étendre le bénéfice de cette garantie à de nouvelles situations²⁰. Dans les deux cas, l'Etat qui tarde à s'exécuter se verra confronté à une double obligation tirée du respect des droits fondamentaux et de la primauté du droit communautaire.

25. Ces observations sur l'ambivalence des relations entre les droits de l'homme et le droit communautaire ne sont pas sans intérêt pour notre propos. Elles nous permettront, en temps utile, d'affiner notre perception des rapports qu'entretiennent les droits fondamentaux et le droit pénal dans la jurisprudence des organes de Luxembourg.

2. Les relations entre le droit communautaire et le droit pénal

26. Autant la réticence des Etats membres à intégrer la protection des droits fondamentaux dans le droit communautaire a pu surprendre, autant la discrétion du droit pénal dans les traités fondateurs de la construction européenne n'étonne guère.

27. Défini par Max Weber comme étant le détenteur du monopole de la violence physique légitime, l'Etat moderne a traditionnellement fait du droit pénal une des marques de sa souveraineté et il n'a jamais été question de s'en défaire au profit des institutions communautaires. Il est cependant apparu assez vite que le droit communautaire serait amené à influencer le développement du droit pénal²¹. Cette influence est de deux ordres. D'une part, elle concerne le droit pénal dit « traditionnel », à savoir le droit pénal national (A). D'autre part, elle touche les organes communautaires eux-mêmes, tantôt dotés de pouvoirs « simplement » répressifs, tantôt titulaires d'une véritable compétence pénale (B).

A. Le droit pénal national, neutralisé ou entraîné par le droit communautaire

28. Il serait erroné de considérer que le développement du droit communautaire a laissé intacts les systèmes répressifs nationaux. Il a eu –et a encore- un double impact sur le droit pénal des Etats membres²² : d'une part, un effet de « neutralisation » dès lors qu'il s'oppose à certaines législations répressives existantes et, d'autre part, un effet d' « entraînement » dans la mesure où il favorise, voire commande, l'adoption de législations pénales nationales²³.

²⁰ On pense en particulier à l'extension du principe *non bis in idem* qu'a provoquée la communautarisation de l'acquis de Schengen. Sur ce principe, cf. *infra*, n°70-73.

²¹ Pour un aperçu de l'état du droit pénal de l'Union européenne, cf. S. BIELLEY, « Panorama du droit pénal de l'Union », in G. VAN DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, p.104-131.

²² Tant en ce qui concerne les normes pénales d'incrimination que les normes pénales de sanction. Cf. à ce sujet M. JAEGER, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit », *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p.1099-1144.

²³ F. TULKENS, « La justice pénale et l'Europe. Rapport introductif », in F. TULKENS, H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p.16. B. BOULOC évoque quant à lui l'influence « directe » et « indirecte » du droit communautaire sur le droit pénal national (« L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p.103). J. PRADEL et G. GOSSENS parlent de l'effet positif ou négatif du droit communautaire sur le droit pénal national (*Droit pénal et droit européen*, Paris, Dalloz, 1999, p.405 et s). Dans le même sens, M. JAEGER se réfère à l'harmonisation « négative » et « positive » des législations pénales nationales par le droit communautaire, (*loc. cit.*, p.1103). Dans un sens très proche, cf. encore S. MANACORDA, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », *Rev. Sc. Crim.*, 2006, p.245-274. Sur la question, cf. également M. POELMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 286 et s. et les références citées à la note 299. Pour A. Weyembergh, cependant, la contribution effective du droit communautaire au droit pénal des Etats membres, qui résulte de ces deux effets, est cependant « fort mince », A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal*

29. L'effet de neutralisation du droit communautaire sur les législations répressives nationales s'est généralement concrétisé par l'intervention de la Cour de justice, le cas échéant à l'initiative de la Commission, dans les différents domaines du droit communautaire²⁴. En effet, depuis l'arrêt *Simmenthal*, il est de jurisprudence constante que le juge national doit donner effet au droit communautaire « en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »²⁵. La Cour a notamment relevé les limites de la souveraineté du législateur²⁶ étatique en matière pénale lorsque la législation nationale crée une entrave à la libre circulation des marchandises²⁷, des personnes²⁸, à la libre prestation de services²⁹, à la liberté d'établissement³⁰ ou à la libre circulation des capitaux³¹. La mesure nationale pourra néanmoins être sauvée par une des causes de justification prévue par le traité CE³² ou par des raisons impérieuses d'intérêt général³³, à condition toutefois de remplir le critère de proportionnalité³⁴.

30. L'effet d'entraînement du droit pénal national par le droit communautaire résulte principalement de la volonté de sanctionner adéquatement les violations du droit communautaire. Initialement focalisé sur la production législative, le législateur communautaire laissait généralement aux Etats membres le soin d'en assurer l'effectivité. Le manque de diligence de nombreux Etats et la disparité des solutions adoptées au niveau national³⁵ ont cependant conduit les autorités de la Communauté européenne à mettre

européen et révélateur de ses tensions, op. cit., p. 91 et s. et 182 et s. En tout état de cause, on relèvera donc que les relations du droit communautaire et du droit pénal peuvent également s'analyser à l'aune de la métaphore bouclier-épée choisie afin d'illustrer les rapports des droits de l'homme et du droit pénal.

²⁴ Dans l'arrêt *Bordessa*, la Cour de justice a légitimé, en vertu du droit communautaire, des comportements incriminés par une législation pénale nationale, soit l'exportation de pièces, billets de banque et chèques sans autorisation préalable (C-358/93 et C-416/93, *A. Bordessa e.a.*, 23 février 1995, *Rec.*, 1995, p.I-361).

²⁵ Aff. 106/77, *Simmenthal*, 9 mars 1978, *Rec.*, 1978, p.629.

²⁶ Logiquement, la condamnation pénale prononcée en vertu d'une législation nationale contraire au droit communautaire est elle-même incompatible avec ce dernier. Cf. aff. 82/71, *S.A.I.L.*, 21 mars 1972, *Rec.*, 1972, p.119 ; aff. 88/77, *Schonenberg e.a.*, 16 février 1978, *Rec.*, 1978, p.473, pt.16.

²⁷ Aff. 152/78, *Commission c. France*, 10 juillet 1980, *Rec.*, 1980, p.2299 ; aff. 299/86, *Rainer Drexler*, 25 février 1988, *Rec.*, 1988, p.1213, pt.17.

²⁸ Aff. 157/79, *Pieck*, 3 juillet 1980, *Rec.*, 1980, p.2171, pt.19. Cf. également, aff. 265/88, *Lothar Messner*, 12 décembre 1989, *Rec.*, 1989, p.4209, pt.14 ; C-348/96, *Donatella Calfa*, 19 janvier 1999, *Rec.*, 1999, p.I-11 ; C-232/01, *Van Lent*, 2 octobre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-11525.

²⁹ Entendue au sens large comme s'étendant aux destinataires de service. En ce sens, cf. le célèbre arrêt *Cowan*, dans lequel la Cour de justice a considéré que le principe de non-discrimination était applicable à un citoyen britannique, destinataire de services, victime lors d'un séjour à Paris d'un agresseur non identifié et qui s'était vu refuser la compensation financière prévue par le Code français de procédure pénale aux motifs qu'il ne remplissait pas la condition d'octroi relative à la nationalité de la victime (Aff. 186/87, *Cowan*, 2 février 1989, *Rec.*, 1989, p.195, pt.17). Cf. également C-243/01, *Gambelli e.a.*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-13031, pt.59.

³⁰ C-193/94, *Skanavi et Chryssanthakopoulos*, 29 février 1996, *Rec.*, 1996, p.I-929 ; C-243/01, *Gambelli e.a.*, précité, pt.59.

³¹ Aff. 203/80, *Guerrino Casati*, 11 novembre 1981, *Rec.*, 1981, p.2595, pt.27.

³² Notamment des motifs de protection de l'ordre public ou de la sécurité publique (articles 30, 39§3, 46, 55, 58§1, b), CE).

³³ Comme la protection des consommateurs (C-20/03, *Burmanjer*, 26 mai 2005, *Rec.*, 2005, p.I-4133), de l'ordre social (C-275/92, *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, 1994, p.I-1039), ou des travailleurs (C-165/98, *Mazzoleni et ISA*, 15 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-2189, pt.27).

³⁴ C-95/01, *Greenham et Abel*, 5 février 2004, *Rec.*, 2004, p.I-1333, pt.39 ; C-165/98, *Mazzoleni et ISA*, précité, pt.26 ; C-243/01, *Gambelli e.a.*, précité, pt.65.

³⁵ Sur la fonction « épée » exercée par le rapprochement des législations pénales en faveur de l'intégration communautaire, cf. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, op. cit.*, p. 179 et s.

d'avantage l'accent sur le fonctionnement effectif des règles du droit communautaire et, par conséquent, sur la sanction des violations de celui-ci.

31. Ce souci s'est d'abord manifesté dans la jurisprudence de la Cour de justice, souvent à l'initiative de la Commission. Dans un arrêt *mais grec*³⁶ du 21 septembre 1989, la Cour jugea ainsi qu'en cas de silence du droit communautaire quant aux sanctions de sa violation³⁷, il incombait aux Etats membres, en vertu du principe de coopération loyale consacré par l'article 10 CE (ex-article 5) de « veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »³⁸. Dans une ordonnance du 13 juillet 1990, la Cour de justice a jugé que le principe de coopération loyale obligeait « les États membres à prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire, y compris, si besoin, par la voie pénale (...) »³⁹.

32. A la suite de cet arrêt, la Commission adopta, le 3 mai 1995, une communication dans laquelle elle s'engageait à inclure dans les nouvelles propositions législatives relatives au marché intérieur des dispositions appropriées pour que les sanctions applicables fassent partie des mesures qu'il incombait aux Etats membres de notifier⁴⁰. Dans cette communication, la Commission se réservait également le pouvoir de prendre des mesures afin d'assurer le caractère effectif, proportionné et dissuasif de ces sanctions.

33. Dans une résolution adoptée à la suite de cette communication⁴¹, le Conseil fit le constat⁴² que, dans le domaine du marché intérieur, la Communauté était « passée d'une phase

³⁶ Egalement appelé arrêt "mais yougoslave".

³⁷ Ou de renvoi, sur ce point, aux législations nationales.

³⁸ C-68/88, *Commission c. Grèce*, 21 septembre 1989, *Rec.*, 1990, p.2965, pt.24. Cf. également C-382/92, *Commission c. Royaume-Uni*, 8 juin 1994, *Rec.*, 1994, p.I-2435, pt.55 ; C-36/94, *Siesse*, 26 octobre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-3573, pt.20 ; C-341-94, *Procédures pénales c. Allain*, 26 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p. I-4631 ; C-167-01, *Inspire Art*, 30 septembre 2003, *Rec.*, p.I-10155, pt.62. M. POELMANS utilise la terminologie de double exigence d'assimilation (ou principe d'équivalence) et d'adéquation (*op. cit.*, p.271). Pour une formulation moins explicite de la condition d'adéquation, cf. aff. 14/83, *von Colson et Kamman*, 10 avril 1984, *Rec.*, 1984, p.I-1891. L'article 280 du traité CE (ex-article 209 A), introduit par le Traité de Maastricht, consacre cette double exigence en ce qui concerne les intérêts financiers de la Communauté européenne.

³⁹ C-2/88, *Zwartveld*, 13 juillet 1990, *Rec.*, 1990, p.I-03365, pt.17 qui renvoie à l'arrêt C-68/88, *Commission/Grèce*, précité. Dans d'autres arrêts, la Cour a cependant rappelé le pouvoir d'appréciation des Etats membres en ce qui concerne la sanction des violations du droit communautaire. Cf. C-326/88, *Procédure pénale c. Hansen*, 10 juillet 1990, *Rec.*, 1990, p.2392, dans lequel la Cour a considéré qu'aucune disposition du règlement CE 3820/85 du Conseil du 20 décembre 1985, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, n'empêchait l'instauration d'une responsabilité pénale objective dans le chef de l'employeur (pt 12). Dans l'arrêt *Vandevenne*, la Cour a ajouté qu'aucune règle de ce même règlement n'obligeait les Etats membres à introduire le principe de la responsabilité pénale des personnes morales (C-7/90, 2 octobre 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4371, pt.14). Cf. également C-58/95, *Gallotti e.a.*, 12 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-4345, pts.14 et 15.

⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le rôle des sanctions pour la mise en oeuvre de la législation communautaire dans le domaine du Marché intérieur, COM/95/162 FINAL.

⁴¹ Résolution du Conseil, du 29 juin 1995, sur l'application uniforme et efficace du droit communautaire et sur les sanctions applicables aux violations de ce droit dans le domaine du marché intérieur, *J.O.*, n° C 188 du 22/07/1995, p. 1-3.

⁴² Se référant notamment à la déclaration n° 19 relative à l'application du droit communautaire, annexée à l'acte final du traité sur l'Union européenne, adoptée par la conférence des représentants des gouvernements des États membres, le 7 février 1992.

caractérisée par un effort législatif considérable à une phase où l'accent est mis sur le fonctionnement effectif des règles communes ». Selon le Conseil, il était donc nécessaire que les Etats membres, lors de la transposition des actes communautaires en droit interne, veillent « à prendre des mesures qui aboutissent à ce que le droit communautaire y soit appliqué avec une efficacité et une rigueur équivalentes à celles déployées dans l'application de leur droit national et à adopter des dispositions relatives aux sanctions ayant, en tout état de cause, un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Et la Commission de se voir invitée à prendre, le cas échéant, « des mesures (...) pour que les sanctions garantissent une application également effective de la législation dans l'Union européenne, dans le respect des compétences respectives de la Communauté et des États membres et des principes du droit national des États membres, à la lumière des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

34. La double exigence d'adéquation⁴³ et d'équivalence⁴⁴ des sanctions nationales de la violation du droit communautaire se trouvait ainsi consacrée par les principaux organes décisionnels de la Communauté européenne. Depuis lors, le législateur communautaire a imposé à plusieurs reprises aux Etats membres d'adopter, en cas d'infraction au droit communautaire, des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives⁴⁵, leur laissant le soin de choisir ou non la voie pénale⁴⁶, à condition toutefois de notifier à la Commission les dispositions adoptées.

35. La marge d'appréciation qui est ainsi laissée aux Etats n'est cependant pas illimitée. La Cour de justice se reconnaît en effet compétente pour juger du caractère effectif, proportionné et dissuasif de la sanction adoptée par le législateur national en cas de violation du droit communautaire⁴⁷. Il n'est dès lors pas invraisemblable, dans l'hypothèse d'une atteinte

⁴³ La doctrine qualifie ainsi la triple condition d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion (M. POELMANS, *op. cit.*, p.271). Il est également fait référence au « principe d'effet utile » (M. JAEGER, *loc. cit.*, p.1127).

⁴⁴ Selon lequel le législateur national doit protéger d'une façon équivalente les violations du droit communautaire et celles du droit national.

⁴⁵ La Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (*J.O.*, 1991, L166/77-83) prévoit, en son article 14, l'obligation pour les Etats d'adopter des sanctions appropriées. La proposition prévoyant l'obligation de sanctions pénales n'a jamais été adoptée (*J.O.*, 1990, C 106/6) mais une annexe de la directive contient une résolution des Etats s'engageant à adopter des sanctions pénales (*J.O.*, 1991, L166/77).

⁴⁶ Cf. notamment le Règlement n°2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*J.O.*, 1995, L312/1-4) ; la Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE, article 27 (*J.O.*, 2003, L 033/30- 40) ; la Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, article 7 (*J.O.*, 2003, L152/16-19; le Règlement n°273/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relatif aux précurseurs de drogues, article 12 (*J.O.*, 2004, L47/1-10) ; la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, article 39 (*J.O.*, 2005, L 309/15-36). Cf. également *infra* note de bas de page 145, pour des textes de droit dérivé liés aux droits fondamentaux.

⁴⁷ Dans un arrêt *Commission c. Irlande* du 18 octobre 2001 (C-354/99, *Rec.*, 2001,p.I-7657, la Cour a considéré que la législation irlandaise transposant la directive 86/609/CEE du Conseil, du 24 novembre 1986, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques (*J.O.*, 1986, L 358/1), qui prévoyait pourtant une amende et une peine d'emprisonnement alternative de trois mois, ne remplissait pas les exigences d'efficacité, de proportionnalité et de dissuasion. Cf. également C-97/96, *Daihatsu Deutschland*, 4 décembre 1997, *Rec.*,1997, p.I-6843, pt.23 ; C-383/92, *Commission c. Royaume-Uni*, 8 juin 1994, *Rec.*, p.I-2479. Dans un arrêt *Gallotti*, la Cour a considéré que le fait que le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres d'obligation précise en ce qui concerne le régime de sanctions n'entraîne pas que les sanctions pénales adoptées par ceux-ci seraient incompatibles avec celui-là, dès lors que « les États membres ont l'obligation,

particulièrement grave à celui-ci, qu'elle considère qu'une sanction non pénale ne satisfait pas à l'exigence d'effectivité⁴⁸.

36. Dans cette perspective, le droit pénal apparaît non pas comme une branche du droit échappant presque entièrement au « premier pilier »⁴⁹, mais bien plutôt comme un instrument – une épée – au service d'une politique législative déterminée. La Cour de justice a, selon nous, consacré cette approche à l'occasion d'un arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005⁵⁰. Dans cet arrêt, la CJCE a considérablement élargi le champ d'influence du droit communautaire sur le développement du droit pénal national, en considérant explicitement que, dans certains cas, le législateur communautaire est habilité à « prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres ». Si cette décision devait être confirmée, ce n'est plus un simple effet d'« entraînement » du droit pénal national par le droit communautaire qu'il conviendrait d'évoquer, mais la consécration explicite d'une véritable compétence pénale du législateur communautaire⁵¹.

B. La compétence répressive de la Communauté et l'émergence d'une compétence pénale dans l'ordre juridique européen

dans le cadre de la liberté qui leur est laissée par l'article 189, troisième alinéa, du traité de choisir les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives » (pt 14). La Cour a donc implicitement considéré que « les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives » peuvent, dans certains cas, être des sanctions pénales et qu'il incombe alors aux États membres d'adopter de telles sanctions (C-58/95, *Procédures pénales contre Gallotti e.a.*, 12 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-4345. Cf. également C-40/04, *Yonemoto*, 8 septembre 2005, non encore publié au recueil (pt 56 et s.). Dans un arrêt *Commission/France* (C-418/00, 25 avril 2002, *Rec.*, 2002, p. I-3969), la Cour de justice a considéré que la France avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de plusieurs règlements en matière de pêche qui prévoyaient qu'en cas de violation de leurs dispositions, les États membres étaient tenus d'intenter une action pénale ou administrative contre les responsables. Selon la Cour, les sanctions administratives adoptées par la France ne jouaient « aucun rôle de dissuasion véritable » (pt 65) et l'argument de la France relatif à la difficulté de constater les infractions en mer pour pouvoir appliquer une sanction pénale ne pouvait être retenu, ces infractions pouvant facilement être constatées lors du débarquement des marchandises (pt 64). Cf. également l'arrêt *Commission c. France*, *infra* n°80-83.

⁴⁸ Ou à l'exigence d'équivalence. Sur ce point, cf. *infra* n°42 et 89-98.

⁴⁹ Sur ce point, cf. *infra*, n°38.

⁵⁰ C-176/03, *Commission c. Conseil*, 13 septembre 2005, non encore publié au Recueil. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur cet arrêt, cf. *infra* n°40 et 90-98.

⁵¹ Il reste à déterminer, vu le caractère général des termes utilisés par l'arrêt, s'il signifie que le législateur communautaire peut imposer aux États membres d'adopter des sanctions pénales ou s'il peut déterminer lui-même la sanction pénale, les États n'étant chargés que de son application. Dans le premier cas, la compétence pénale de la Communauté ne serait qu'indirecte dès lors qu'elle nécessiterait toujours l'intervention des États membres pour déterminer la sanction pénale. Tel était le cas de la décision-cadre attaquée. Dans le second, on peut véritablement parler d'une compétence pénale directe de la Communauté. L'enjeu n'est pas uniquement terminologique. En effet, si un règlement communautaire (et non une directive) prévoit une sanction pénale, celui qui enfreint une de ses dispositions peut se voir infliger la sanction prévue. En revanche, tel ne sera pas le cas, en vertu du principe de légalité, si le règlement impose aux États d'adopter des sanctions pénales et que ceux-ci ne se sont pas exécutés. Seul un recours en manquement à l'encontre de ces États sera alors envisageable. Sur la question de la compétence de la Communauté européenne à imposer la voie pénale aux États membres dans la mise en œuvre du droit communautaire, cf. J. PRADEL, G. GOSSENS, *op. cit.*, p. 467. Il convient de relever que, selon le juge Puissochet, invité à s'exprimer sur cet arrêt au Sénat de France, « l'arrêt se borne à dire que la Communauté européenne peut exiger des États membres que leur législation prévoit des sanctions de nature pénale en cas d'atteinte à l'environnement. Mais la Communauté européenne ne peut pas elle-même déterminer ces sanctions. Les États membres sont toujours libres du choix des sanctions pénales applicables, sous réserve bien entendu du caractère effectif, proportionné et dissuasif de ces sanctions », Réunion de la délégation pour l'Union européenne du Sénat français du 22 février 2006, disponible à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html.

37. L'absence de toute référence expresse à une compétence pénale des autorités européennes dans les traités fondateurs n'a jamais signifié que celles-ci étaient effectivement dépourvues de tout pouvoir répressif. Ainsi, et malgré la qualification retenue par les institutions communautaires, les compétences de sanction de la Communauté européenne, que ce soit en matière de concurrence⁵² ou de politique agricole commune⁵³, peuvent difficilement se voir refuser tout caractère répressif, voire pénal⁵⁴.

38. Avec la structuration en trois piliers héritée de Maastricht⁵⁵, le droit pénal a fait une première apparition explicite dans le décor européen, dans le cadre du troisième pilier baptisé « Justice et affaires intérieures » (JAI). Depuis le traité d'Amsterdam, le droit pénal apparaît principalement dans le titre VI du traité UE, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (qui remplace la JAI), ainsi que dans le titre IV du traité CE relatif aux visas, à l'asile et à l'immigration qui a été transféré du troisième au premier pilier par le traité d'Amsterdam⁵⁶.

39. Dans le cadre du troisième pilier, il résulte de l'article 34, paragraphe 2, point b), UE, que le Conseil peut arrêter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres relatives au titre VI du traité UE. Ces décisions-cadres lient les États membres quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales le choix de la forme et des moyens⁵⁷. En application de cette disposition, le Conseil a adopté plusieurs décisions-cadres faisant explicitement injonction aux États membres d'adopter des sanctions pénales afin de condamner les atteintes aux principes

⁵² Sur cette question, cf. *infra* n°46-51.

⁵³ Sur cette question, cf. *infra* n°52.

⁵⁴ Dans la terminologie retenue dans la note de bas de page 51, on peut parler de compétence répressive directe de la Communauté.

⁵⁵ Le traité de Maastricht a, en effet, créé une Union européenne fondée sur les Communautés européennes (premier pilier qui reprend l'acquis communautaire et où prévaut le caractère supranational de la construction européenne), complétée par les dispositions de la politique étrangère et de sécurité commune et de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (respectivement les deuxième et troisième piliers de l'Union européenne, qui forment les titres V et VI du traité UE et où domine le caractère intergouvernemental de celle-ci).

⁵⁶ On peut également évoquer l'article 301 CE, qui habilite le Conseil à prendre les mesures urgentes nécessaires lorsqu'une position ou une action commune adoptée dans le cadre du deuxième pilier de l'Union européenne (politique étrangère et sécurité commune) prévoit une action de la Communauté visant à interrompre ou à réduire, en tout ou en partie, les relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers. Sur la base de cette disposition, la Communauté a adopté plusieurs règlements de nature répressive dont la validité est aujourd'hui mise en cause devant les juridictions communautaires. Il convient de relever que, même dans des domaines communautarisés tels que la coopération douanière (article 135 CE) ou la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de la Communauté (280, §4 CE), les États membres restent exclusivement compétents en ce qui concerne l'application du droit pénal national et l'administration de la justice.

⁵⁷ Le traité de Maastricht ne prévoyait pas la possibilité, pour la Cour de justice, d'être saisie des questions relatives au troisième pilier, sauf lorsque son intervention était prévue explicitement par des conventions et uniquement dans le cadre du mécanisme préjudiciel. L'article 35 du traité sur l'Union européenne, introduit par le traité d'Amsterdam, prévoit que la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du titre VI du traité, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application, sous réserve de l'acceptation, par les États membres, de cette compétence de la Cour. Sur les failles du système de protection juridictionnelle de l'article 35 du traité UE, cf. K. LENAERTS, L. JADOUL, « Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in G. KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 201 et s.

énoncés par ces décisions⁵⁸ ou, plus modestement, de vérifier si une modification de leur procédure pénale n'est pas nécessaire afin de rencontrer les objectifs desdites décisions⁵⁹.

40. Dans le cadre du premier pilier, en dehors du titre IV du traité CE, le droit pénal *stricto sensu* ne devait normalement pas avoir droit au chapitre. C'était compter cependant sans l'ambition de certaines institutions communautaires. En effet, il a été vu plus haut que la Cour de justice a explicitement consacré, dans son arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005⁶⁰, une compétence pénale – à tout le moins indirecte – de la Communauté.

41. Selon certains⁶¹, la compétence de la Communauté en matière pénale consacrée par cet arrêt était déjà annoncée dans un arrêt de la Cour de justice du 27 octobre 1992⁶². Dans cette affaire, la Cour était appelée à statuer sur la validité d'un règlement de la Commission établissant, à titre de sanctions à appliquer par les autorités nationales aux producteurs de viande bovine n'ayant pas respecté les conditions d'octroi de primes communautaires, outre la restitution des dites primes, l'exclusion du bénéfice de la prime pour la campagne de commercialisation postérieure à celle pour laquelle l'irrégularité était constatée. Selon la Cour, « il appartient au seul législateur communautaire de déterminer les solutions qui sont les plus adéquates en vue de la réalisation des objectifs de la politique agricole commune » (§20). La Commission, en prévoyant les exclusions litigieuses, n'a donc pas dépassé les limites de ses pouvoirs, même si celles-ci « vont au-delà de la simple restitution d'une prestation indûment versée » (§29)⁶³.

42. Il nous semble cependant que la reconnaissance d'une compétence pénale de la Communauté se trouvait déjà en germe dans la jurisprudence *mais grec*⁶⁴ de la Cour de justice. En effet, dès lors qu'elle se reconnaît compétente pour considérer qu'en cas de violation d'une règle de droit communautaire, une sanction –et donc éventuellement une sanction non pénale- choisie par le législateur national n'est pas effective, proportionnée ou

⁵⁸ Ainsi en est-il de l'article 3 de la Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains (*J.O.*, 2002, L203/1-4), qui prévoit l'obligation pour les Etats de prendre « les mesures nécessaires pour faire en sorte que les infractions visées aux articles 1er et 2 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition ». L'article 3, 2° de cette même décision précise que les infractions à l'article 1^{er}, qui vise la traite des êtres humains à des fins d'exploitation de leur travail ou d'exploitation sexuelle, doivent être « passibles de peines privatives de liberté, la peine maximale ne pouvant être inférieure à huit ans » lorsqu'elles sont commises dans certaines circonstances aggravantes. On peut légitimement se demander dans quelle mesure une telle disposition laisse aux Etats la « compétence quant à la forme et aux moyens » prévue par l'article 34, §2, b), du traité UE. Cf. également 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, article 5 (*J.O.*, 2004, L013/44) ; Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, article 4 (*J.O.*, 2004, L335/8).

⁵⁹ Décision 2000/375/JAI du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet, article 4 (*J.O.*, 2000, L138/1).

⁶⁰ Cf. *supra* n°36 et *infra* n°90-98.

⁶¹ G. GRASSO, « Nouvelles perspectives en matière de sanctions communautaires », *Rev. Sc. Crim.*, 1993, p. 274.

⁶² Aff. C-240/90, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, 1992, p. I-05383.

⁶³ Le gouvernement allemand, partie requérante, avait également fait valoir que les exclusions constituaient des sanctions pénales que ni le Conseil ni la Commission n'avaient le pouvoir d'instituer (pt 17). Prudente, la Cour commence par préciser « qu'il n'y a pas lieu, dans le cadre du présent litige, de se prononcer sur la compétence de la Communauté dans le domaine pénal » (pt.24), avant d'écarter l'objection aux motifs que les sanctions ne constitueraient pas des sanctions pénales (pt.25). Cet arrêt constitue en tout cas une bonne illustration de la compétence répressive directe de la Communauté en matière de politique agricole commune.

⁶⁴ Sur cet arrêt, cf. *supra*, n°31-35. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'était prononcée l'avocat général Juliane Kokott dans ses conclusions précédant l'arrêt *Berlusconi*. Sur cet arrêt, Cf. *supra* n°56-59.

dissuasive, elle est susceptible, selon nous, de consacrer implicitement une compétence pénale indirecte de la Communauté européenne. Alors que le législateur communautaire, ayant imposé aux Etats membres d'adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de violation du droit communautaire, leur laisserait, en apparence, le choix des armes, la Cour de justice, détentrice du monopole de l'interprétation du droit communautaire, jugerait cependant que ces sanctions doivent revêtir un caractère pénal sous peine de ne pas remplir ces critères⁶⁵. Pour des raisons d'autonomie procédurale notamment, il est cependant vraisemblable que la Cour ne limite de la sorte la marge d'appréciation du législateur national qu'en cas de violation particulièrement grave d'une règle de droit communautaire ou d'un intérêt de l'ordre juridique communautaire qu'elle juge fondamental⁶⁶.

43. En tout état de cause, il n'est guère étonnant de constater que certains auteurs estiment que « le mouvement menant du droit communautaire vers le droit pénal » a « quelque chose d'irrépressible »⁶⁷, allant jusqu'à considérer que « l'émergence d'un droit pénal européen ne doit rien au hasard mais résulte au contraire de la dynamique même de l'intégration européenne, économique d'abord, puis politique »⁶⁸.

II. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal

⁶⁵ Elle le fera certainement si un Etat membre ne rencontre pas l'exigence d'équivalence. Cf. *supra* n°31-35 et *infra* n°89.

⁶⁶ Cf. en ce sens le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Commission c. France*, cf. *infra* n°80-83. Dans un arrêt *Gallotti*, la Cour a considéré que le fait que le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres d'obligation précise en ce qui concerne le régime de sanctions n'entraîne pas que les sanctions pénales adoptées par ceux-ci seraient incompatibles avec celui-là, dès lors que « les États membres ont l'obligation, dans le cadre de la liberté qui leur est laissée par l'article 189, troisième alinéa, du traité de choisir les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives » (pt 14). La Cour a donc implicitement considéré que « les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives » peuvent, dans certains cas, être des sanctions pénales et qu'il incombe alors aux Etats membres d'adopter de telles sanctions (C-58/95, *Procédures pénales contre Gallotti e.a.*, 12 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-4345). Cf. également C-40/04, *Yonemoto*, 8 septembre 2005, non encore publié au recueil (pt.56 et s.). Dans un arrêt *Commission/France* (C-418/00, 25 avril 2002, *Rec.*, 2002, p.I-3969), la Cour de justice a considéré que la France avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de plusieurs règlements en matière de pêche qui prévoyaient qu'en cas de violation de leurs dispositions, les États membres étaient tenus d'intenter une action pénale ou administrative contre les responsables. Selon la Cour, les sanctions administratives adoptées par la France ne jouaient « aucun rôle de dissuasion véritable » (pt.65) et l'argument de la France relatif à la difficulté de constater les infractions en mer pour pouvoir appliquer une sanction pénale ne pouvait être retenu, ces infractions pouvant facilement être constatées lors du débarquement des marchandises (pt.64). Cf. également les références citées à la note 47. Enfin, il ne serait guère étonnant que les sanctions non pénales adoptées par les Etats membres en cas de violation des dispositions du Règlement CE n° 1236/2005 du Conseil du 27 juin 2005 concernant le commerce de certains biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (J.O., n° L 200 du 30/07/2005, p.1-19) soient considérées comme n'étant pas suffisamment efficaces ou dissuasives par la Cour de justice. Il pourrait en aller de même des textes législatifs communautaires cités aux notes 46 et 145. Il convient cependant de préciser que l'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005 est susceptible d'avoir une influence considérable sur ce développement possible de la jurisprudence communautaire, dès lors qu'il permet au législateur communautaire de prévoir des sanctions pénales.

⁶⁷ D. FLORE, « Introduction. Un droit pénal européen : hasard ou nécessité? », in *Actualités du droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p.10.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 11. On relèvera notamment, dans le cadre d'une incursion du droit pénal dans la construction européenne, l'influence des Accords de Schengen. Sur le principe *non bis in idem* qu'ils consacrent, cf. *infra*, n°70-73.

44. Si la fonction « bouclier » des droits de l'homme est aujourd'hui au centre des préoccupations du législateur européen⁶⁹, c'est la Cour de justice qui, comme à son habitude, a fait figure de pionnière en la matière. Consacrant les principes de légalité⁷⁰ et de non-rétroactivité⁷¹, assurant le respect des droits de la défense⁷², reconnaissant le principe *non bis in idem*⁷³ et le droit à un procès équitable⁷⁴, les juges de Luxembourg ont de longue date érigé des remparts destinés à protéger les particuliers contre les « excès répressifs » des autorités communautaires et – parfois – des Etats membres eux-mêmes. Dans certains cas de figure, ces remparts font également obstacle à l'application du droit communautaire (1). Dans d'autres au contraire, ils servent ses intérêts (2)⁷⁵.

1. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal et le droit communautaire

A. Les droits de l'homme face au pouvoir répressif des institutions communautaires

45. Si elles ne sont pas formellement habilitées à édicter – et infliger – des sanctions pénales⁷⁶, les institutions communautaires disposent néanmoins, dans certains domaines, d'un véritable pouvoir répressif à l'encontre des particuliers. Dans l'exercice de ce pouvoir, elles sont régulièrement confrontées aux impératifs de protection des droits fondamentaux. De ces derniers découlent un certain nombre de garanties qui, empruntées au champ pénal « classique », viennent encadrer l'action des institutions communautaires et protéger les personnes – physiques ou morales – qui en sont la cible.

46. Cette fonction de « rempart » ou de « bouclier » des droits de l'homme se laisse particulièrement bien observer dans le cadre du droit de la concurrence. Chargée de contrôler le respect des articles 81 et 82 du traité CE, la Commission européenne dispose de pouvoirs très étendus dans le cadre de la lutte contre les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante⁷⁷. Non seulement est-elle compétente pour enquêter sur d'éventuelles

⁶⁹ Cf. notamment : Livre Vert sur la présomption d'innocence, COM/2006/0174 final ; Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, COM/2005/696 ; Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne COM/2004/334 ; Livre vert de la Commission sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM/2003/75 ; Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, COM(2004) 328 final - Non publié au journal officiel.

⁷⁰ Cf. e.a. aff. 117/83, *Könecke*, 25 septembre 1984, *Rec.*, p.3291, pt.11 ; C-172/89, *Vandemoortele c. Commission*, 12 décembre 1989, *Rec.*, 1990, p.I-4677, pt.9. Sur le principe de légalité, cf. également les conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées le 14 octobre 2004, C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Procédures pénales c. Silvio Berlusconi et al.*, pt.141 et les références citées.

⁷¹ Cf. e.a. aff. 63/83, *Kent Kirk*, 10 juillet 1984, *Rec.*, 1984, p. 2689, pt.23 ; C 331/88, *Fedesa e.a.*, 13 novembre 1990, *Rec.*, 1990, p. I-4023, pt.42-45.

⁷² Cf. e.a. aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 13 février 1979, *Rec.*, p.461 ; aff. 100 à 103/80, *Musique Diffusion française*, 7 juin 1983, *Rec.*, p.1825 ; C-462/98 P, *Mediocurso/Commission*, 21 septembre 2000, *Rec.*, p.I-7183, pt.36.

⁷³ Sur ce principe, Cf. *infra*, n°70-73.

⁷⁴ Sur le droit à être jugé dans un délai raisonnable, cf. e.a. C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commission*, précité, pt.20-21. Sur le droit à être jugé par un tribunal indépendant, cf. e.a. C-174/98 P et C-189/98 P, *Pays-Bas et Van der Wal c. Commission*, 11 janvier 2000, *Rec.*, p. I-1, pt.17.

⁷⁵ Sur la fonction « bouclier » exercée par le rapprochement des législations pénales et le principe de reconnaissance mutuelle, cf. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 182 et s.

⁷⁶ Cf. cependant, *infra* n°89-99.

⁷⁷ Cf. l'article 85 CE ainsi que, jusqu'au 1^{er} mai 2004, le règlement n°17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité dans la Communauté (*J.O.* 13 du 21 décembre 1962,

infractions aux articles 81 et 82 mais en outre est-elle habilitée à sanctionner les entreprises fautives au moyen d'amendes parfois très élevées⁷⁸.

47. La véritable nature de ces amendes demeure controversée. Alors que le législateur communautaire et le Tribunal de première instance refusent d'y voir des sanctions pénales⁷⁹, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰, appuyée par de nombreux commentateurs⁸¹, semble devoir conduire à des conclusions opposées. Quant à la Cour de justice, elle continue d'entretenir le doute sur sa propre position⁸².

48. Ces incertitudes n'ont toutefois pas empêché les juridictions communautaires d'accorder un certain nombre de garanties aux entreprises impliquées dans des procédures de mise en œuvre du droit de la concurrence⁸³. Destinées à contrer les excès dont pourrait se rendre coupable la Commission, ces garanties – qui sont également et avant tout des droits de l'homme – servent de bouclier aux entreprises tout au long de la procédure administrative et même au-delà.

p.204/62). Ce règlement a été abrogé et remplacé par le règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O., 2003, L1/1). Nous n'aborderons pas ici les questions que suscite, au regard des droits de l'homme, la procédure instaurée par ce nouveau règlement. Sur ce sujet, cf. C. SMITS, D. WAELBROECK, « Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p.135-162, spéc. p.146-162 ; *id.*, « 'Twelve Feet All Dangling Down and Six Necks Exceeding Long' : The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », in C. EHLMANN, I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2002*, Oxford, Hart, 2004, p.465-484.

⁷⁸ Cf. art. 15.2 du règlement n°17 et art. 23.2 du règlement n°1/2003, qui « plafonnent » les amendes à 10% du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. Ces dispositions découlent de l'art. 83, §2, a), CE.

⁷⁹ Cf. art. 15.4 et 23.5 des règlements précités ; T-83/91, *Tetra Pak c. Commission*, 6 octobre 1994, *Rec.*, 1994, p.II-755, pt.235 ; T-23/99, *LR AF 1998 c. Commission*, 20 mars 2002, *Rec.* p. II-1705, 1999, pt.220 ; T-220/00, *Cheil JedangCorp/Commission*, 9 juillet 2003, *Rec.*, 2003, p. II-2473, pt.43-44. Dans le même sens, cf. les conclusions de l'AG JARABO COLOMER dans les affaires *Aalborg c. Commission* (C-204/00 P, 11 février 2003, spéc. pt.64) et *Volkswagen c. Commission* (C-338/00 P, 17 octobre 2002, pt.66). *Contra*, cf. les conclusions du juge VESTERDORF (désigné comme Avocat général) du 10 juillet 1991 dans l'affaire *Rhône-Poulenc c. Commission* (T-1/89, *Rec.*, 1991, p.II-867, spéc. p.II-885).

⁸⁰ Sur la conception matérielle du droit pénal développée par les organes de Strasbourg et sur l'application de cette conception aux infractions en matière de concurrence et de réglementation des prix, cf. W. WILS, « La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 1996, p.329-354, spéc. p.332-334.

⁸¹ W. WILS, *loc. cit.*, p.329-354, spéc. p.333-334 ; M. GUERRIN, « La libre concurrence à l'épreuve des libertés individuelles », *Droit et Société*, vol.53, 2003, p.87-109, spéc. p.97 ; D. WAELBROECK, « Droit européen de la concurrence et droits de l'homme », *loc. cit.*, p.140-141.

⁸² Cf. d'une part, C-199/92 P, *Hüls c. Commission*, 8 juillet 1999, *Rec.*, 1999, p.I-4287, pts. 149-150, où, selon certains, la Cour aurait – implicitement – conclu au caractère pénal des procédures de mise en œuvre du droit de la concurrence (cf. D. WAELBROECK, « 'Twelve Feet All Dangling Down...' », *loc. cit.*, spéc. p.478-479), et d'autre part, C-338/00 P, *Volkswagen c. Commission*, 18 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-9189, pt.96, où la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 15, §4, du règlement n°17, les amendes imposées par la Commission n'ont pas un caractère pénal.

⁸³ Cf. cependant les conclusions de l'AG JARABO COLOMER dans l'affaire C-338/00 P précitée, pt.66 : « (...) le domaine du droit de la concurrence ne fait pas l'objet d'une transposition *en bloc* de l'ensemble des garanties développées dans le cadre du droit pénal, lequel met en présence l'État sanctionnateur, d'une part, et l'individu présumé auteur de l'infraction, de l'autre. Lesdites garanties visent précisément à compenser ce déséquilibre entre les pouvoirs. En matière de libre concurrence, ces paramètres se trouvent modifiés, dans la mesure où l'on cherche à protéger la communauté d'individus que constitue la société, composée de groupes de consommateurs, face à de puissants groupes qui disposent de moyens considérables. Reconnaître à ces auteurs d'infractions les mêmes garanties procédurales qu'au particulier plus nécessairement témoignerait non seulement d'une singulière ironie mais impliquerait, quant au fond, une diminution de la protection, en l'occurrence économique, de l'individu, principale victime des agissements contre la concurrence ».

49. Dès la phase de l'enquête préalable, les pouvoirs d'investigation de la Commission se heurtent à certains droits fondamentaux. C'est d'une part le droit à la protection de la vie privée, qui consacre la confidentialité de la correspondance entre un avocat et son client⁸⁴ et qui, en l'absence d'indices suffisamment tangibles, autorise un juge national à refuser l'accès des enquêteurs aux locaux d'une entreprise⁸⁵. Ce sont d'autre part les droits de la défense qui, sans consacrer un droit absolu au silence, s'opposent à ce qu'une entreprise soit « obligée de fournir des réponses par lesquelles elle est amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve »⁸⁶.

50. La fonction protectrice des droits fondamentaux ne s'éteint toutefois pas avec la clôture de l'enquête préalable et la communication des griefs. La seconde phase de la procédure administrative, qui précède directement la décision de la Commission, donne la possibilité aux entreprises mises en cause de répondre aux griefs formulés à leur encontre⁸⁷. Afin de se défendre efficacement, elles ont le droit de consulter tous les documents qui figurent dans leur dossier d'instruction, à charge ou à décharge⁸⁸. En outre, la communication des griefs doit être suffisamment claire et explicite pour permettre aux entreprises concernées de faire valoir utilement leur droit à être entendu⁸⁹. Enfin, la Commission ne sera pas admise à fonder sa décision sur des faits et des griefs qui n'ont pas été communiqués préalablement au destinataire de celle-ci⁹⁰.

⁸⁴ Aff. 155/79, *AM & S c. Commission*, 18 mai 1982, *Rec.*, 1982, p.1575, pts.18-27 ; aff. 85/87, *Dowe Benelux c. Commission*, 17 octobre 1989, *Rec.*, 1989, p.3137, pt.27. On notera encore que les articles 20 du règlement n°17 et 28 du règlement n°1/2003 reconnaissent le principe du secret professionnel.

⁸⁵ C-94/00, *Roquette Frères c. Commission*, 22 octobre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-9011 qui, en étendant – dans une certaine mesure – l'inviolabilité du domicile aux locaux professionnels, s'aligne sur la jurisprudence strasbourgeoise et rompt avec sa propre jurisprudence (cf.e.a. aff. 46/87 et 227/88, *Hoechst c. Commission*, 21 septembre 1989, *Rec.*, 1989, p.2859).

⁸⁶ Aff. 374/87, *Orkem c. Commission*, 18 octobre 1989, *Rec.*, p.3283, pt.35. Selon une jurisprudence constante, si elles sont en droit d'exiger des informations factuelles ainsi que des documents relatifs à ces faits (par exemple, les lieu et date d'une réunion), les autorités de la concurrence ne peuvent pas obliger les entreprises concernées à dévoiler l'objet d'une réunion ou la nature des décisions qui y ont été adoptées. (cf. e.a. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke c. Commission*, 20 février 2001, *Rec.*, 2001, p.II-729 ; C-238/99, *P Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commission*, *Rec.*, 2004, p.I-8375 ; T-236/01, *Tokai Carbon c. Commission*, 29 avril 2004, *Rec.*, 2004, p.II-1181). Réformant un arrêt du Tribunal, La Cour a déclaré récemment que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne s'étendait pas aux documents rédigés antérieurement à la demande de renseignements de la Commission. Les entreprises sont dès lors tenues de transmettre ces documents même s'ils contiennent la preuve irréfutable d'une infraction (C-301/04, *P Commission c. SGL Carbon*, 29 juin 2006, non encore publié, pts.38-50).

⁸⁷ Ce « droit d'être entendu » est consacré à l'article 19 du règlement n°17 et à l'article 27 du règlement n°1/2003.

⁸⁸ Cf. C-204/00 *P, Aalborg Portland c. Commission*, 7 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p.I-123, pt.68 et les nombreux arrêts y cités. Notons encore que « l'absence de communication d'un document ne constitue une violation des droits de la défense que si l'entreprise concernée démontre, d'une part, que la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence audit document » (*ibid.*, pt.71 et arrêts y cités). Les conditions de ce droit d'accès au dossier font aujourd'hui l'objet d'une communication de la Commission du 13 décembre 2005 (*J.O.*, 2005, C325/7).

⁸⁹ Cf.e.a. C-62/86, *AKZO c. Commission*, 3 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p.I-3359, pt.29.

⁹⁰ Cf.e.a. T-39/92 et T-40/92, *Europay c. Commission*, 23 février 1994, *Rec.*, 1994, p.II-49, pts.49-52. Ce principe fait toutefois souvent l'objet d'une interprétation restrictive : cf.e.a. T-191/98, 212/98, 214/98, *Atlantic Container c. Commission*, 30 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.II-3275, pts.191 à 196. Cette reconnaissance du principe du contradictoire dans la procédure administrative n'a pas empêché les juridictions communautaires de refuser de considérer la Commission comme un tribunal au sens de l'article 6 CEDH (cf. e.a. aff. 209 à 215/78 et 218/78, *Van Landewyck c. Commission*, 29 octobre 1980, *Rec.*, 1980, p.3125 ; aff. 100 à 103/80, *Musique Diffusion française c. Commission*, précité).

51. La fin de la procédure administrative n'entraîne pas davantage la désagrégation du « bouclier » des droits de l'homme. D'une part, le principe *non bis idem* interdit à la Commission « (...) de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique »⁹¹. D'autre part, certaines garanties fondamentales applicables à la procédure administrative continueront de protéger les entreprises qui postulent l'annulation d'une décision de la Commission devant les juridictions communautaires. Ainsi en est-il notamment de la présomption d'innocence, qui implique d'une part que « (...) l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction »⁹² et qui exige d'autre part « (...) que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise »⁹³. Il en va de même du droit à être jugé dans un délai raisonnable, lequel commande l'annulation des décisions administratives et juridictionnelles qui, rendues au terme d'une procédure anormalement longue, portent atteinte aux droits de la défense⁹⁴.

52. Le droit de la concurrence n'est pas le seul terrain sur lequel les droits de l'homme s'opposent au pouvoir répressif des institutions communautaires. Ce type de conflits éclate aussi de temps à autre dans des domaines plus discrets tels que la politique agricole commune. Celle-ci repose en grande partie sur des régimes d'aides aux producteurs et aux exportateurs. Afin de concilier les impératifs de compétitivité et de rentabilité, les autorités communautaires mettent en place des systèmes particulièrement complexes de subventions et de quotas. Ces systèmes sont bien souvent assortis de sanctions destinées à dissuader les éventuels fraudeurs. A diverses reprises, les juridictions communautaires se sont prononcées sur la validité de telles sanctions au regard de principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire tels que la liberté économique⁹⁵, la proportionnalité⁹⁶ ou la non-discrimination⁹⁷. En revanche, refusant de les qualifier de « peines »⁹⁸, la CJCE s'est montrée

⁹¹ Arrêt *Aalborg c. Commission* précité, pt.338. On notera que ce principe ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse où la première décision de la Commission a été annulée pour des motifs de forme (arrêt *Limburgse Vinyl Maatschappij* précité, pts.60-61). On remarquera en outre que si ce principe ne s'étend pas aux décisions rendues par les autorités de la concurrence des différents Etats membres, la Cour a cependant admis de longue date que des considérations d'équité obligeaient la Commission à prendre en compte lesdites décisions dans la détermination du montant de l'amende au niveau communautaire (cf.e.a. aff. 14/68, *Wilhelm c. Commission*, 13 février 1969, *Rec.*, 1969, p.1, pt.11 ; aff. 7/72, *Boehringer c. Commission*, 14 décembre 1972, *Rec.*, 1972, p.1281, pt.3). Assez curieusement, il n'en va pas de même pour les décisions rendues par les autorités d'Etats tiers (T-224/00, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, *Rec.*, 2003, p.II-2597, pts.92 et s. ; C-289/04 P, *Showa Denko KK c. Commission*, 29 juin 2006, non encore publié, pts.60-61, et C-308/04, P *SGL Carbon c. Commission*, 29 juin 2006, non encore publié, pts.39-40). Enfin, on signalera que le processus de décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence qui accompagne l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 soulève de nouveaux problèmes à l'égard du principe *non bis in idem*. Sur cette question, cf. D. WAELBROECK, « Droit européen de la concurrence... », *loc. cit.*, p.152-154. Sur ce principe, cf. *infra*, n°70-73.

⁹² T-67, 68, 71 et 78/00, *JFE Engineering c. Commission*, 8 juillet 2004, non encore publié, pt.177. Parmi les arrêts imposant le respect de la présomption d'innocence au juge, cf. l'arrêt *Hüls c. Commission* précité, pts. 149 et s. ; C-235/92, P *Montecatini c. Commission*, 8 juillet 1999, *Rec.*, 1999, p.I-4539, pts. 175 et s.

⁹³ Arrêt *JFE Engineering c. Commission* précité, pt. 179. Parmi les arrêts imposant le respect de la présomption d'innocence à la Commission, cf.e.a. T-9/99 *HFB c. Commission*, 20 mars 2002, *Rec.*, 2002, p.II-1487.

⁹⁴ On notera que ces conditions – longueur anormale et effets néfastes sur les droits de la défense – sont cumulatives : cf. e.a. T-5/00 et T-6/00, *VFVGEG c. Commission*, 16 décembre 2003, *Rec.*, 2003, p.II-5761 ; C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commission*, précité.

⁹⁵ Cf. e.a. aff.11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité.

⁹⁶ Cf. e.a. C-356/97, *Molkereigenossenschaft c. Hauptzollamt Lindau*, 6 juillet 2000, *Rec.*, 2000, p.5461.

⁹⁷ Cf.e.a..l'arrêt C-356/97, *Molkereigenossenschaft c. Hauptzollamt Lindau* précité, pt.17.

⁹⁸ Cf.e.a. l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* précité, pt.18 ; aff. 137/85, *Maizena c. BALM*, 18 novembre 1987, *Rec.*, 1987, p.4587, pts.13 et s. ; C-240/90, *Allemagne c. Commission*, 27 octobre 1992, *Rec.*, 1992, p.5383, pts.24 et s.

plus réticente à l'idée d'appliquer à ces sanctions des garanties directement issues du droit pénal⁹⁹.

53. La fonction « bouclier » des droits de l'homme a également trouvé à s'illustrer dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le 21 septembre 2005, le Tribunal de première instance s'est prononcé sur des recours en annulation intentés contre des règlements communautaires qui ordonnaient le gel des fonds appartenant à des personnes suspectées de faire partie de la mouvance Al-Qaïda¹⁰⁰. Ces règlements avaient été adoptés en exécution de diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies et visaient les personnes inscrites sur une liste élaborée par le « comité des sanctions », un organe subsidiaire du Conseil de sécurité.

54. Les requérants, des personnes physiques et morales auxquelles s'appliquaient ces sanctions, contestèrent la validité des règlements européens, notamment au motif qu'ils portaient atteinte à leurs droits fondamentaux. Dans la mesure où ces règlements se limitaient à exécuter servilement la demande de gel des fonds formulée par le Conseil de sécurité, leur contrôle emportait nécessairement un examen incident de la validité de cette demande. Dans ses décisions de septembre 2005, le Tribunal ne manqua pas de rappeler qu'il n'était pas compétent pour remettre en cause, fût-ce accessoirement, la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard du droit communautaire¹⁰¹. En revanche, poursuivit-il, « [l]e Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du jus cogens, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger. (...) Le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité : elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du jus cogens. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les États membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté »¹⁰².

55. Une fois ce tour de force accompli, le Tribunal se garda bien de remettre en cause la validité des résolutions du Conseil de sécurité. Se fondant sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, il considéra d'abord que les requérants n'avaient pas été arbitrairement privés de leurs biens eu égard à l'objectif légitime de la mesure ainsi qu'à son caractère conservatoire et temporaire. Les juges de Luxembourg écartèrent ensuite le moyen tiré d'une violation des droits de la défense, estimant que ni le Conseil de sécurité, ni les institutions communautaires n'étaient tenues d'entendre les intéressés avant de procéder au gel de leurs avoirs financiers. Enfin, après avoir reconnu l'absence d'une juridiction chargée de contrôler les décisions individuelles prises par le comité des sanctions, le Tribunal considéra toutefois

⁹⁹ Cf. e.a. C-210/00, *Käserei Champignon*, 11 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p.I-6453, à propos du principe de la légalité des peines. La Cour abandonne toutefois cette méfiance lorsque la garantie en question est elle-même prévue dans le règlement qu'elle est appelée à interpréter (sur le principe de non-rétroactivité de la loi pénale la plus douce, cf. C-354/95, *National Farmers' Union*, 17 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.I-4559). En outre, dans un arrêt récent relatif à la récupération de restitutions à l'exportation (C-274/04, *ED & F Man Sugar c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 6 avril 2006, non encore publié), la Cour semble avoir fait usage du principe de la présomption d'innocence.

¹⁰⁰ T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 21 septembre 2005, non encore publié au Recueil; T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission*, 21 septembre 2005, non encore publié au Recueil. Ces arrêts font actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (*J.O.*, 11 février 2006, C36/19 et 25 février 2006, C48/11).

¹⁰¹ *Yusuf*, pt.276 ; *Kadi*, pt.225.

¹⁰² *Yusuf*, pts.277, 281 et 282 ; *Kadi*, pts.226, 230 et 231.

« (...) qu'une telle lacune dans la protection juridictionnelle des requérants n'est pas en soi contraire au jus cogens »¹⁰³.

56. La fonction bouclier des droits de l'homme peut encore se manifester à l'encontre d'une mesure de droit dérivé prévoyant, explicitement¹⁰⁴ ou implicitement¹⁰⁵, l'obligation pour les Etats membres d'adopter des sanctions pénales. Récemment, les droits fondamentaux ont ainsi fait obstacle à la mise en œuvre de directives qui, aux dires de l'avocat général Kokott, imposaient aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales¹⁰⁶. A l'origine de l'affaire se trouvaient des procédures pénales intentées contre Silvio Berlusconi et deux autres ressortissants italiens pour falsification de bilans. La législation italienne en vigueur au moment des faits sanctionnait pénalement ce type d'infraction. Elle se trouvait ainsi en conformité avec l'article 6 de la directive 68/151/CEE (dite « première directive sociétés ») qui imposait aux Etats membres d'adopter des sanctions « appropriées » à l'encontre des personnes qui ne respectaient pas leurs obligations en matière de publication de bilan.

57. Un décret législatif présidentiel – et providentiel – entré en vigueur le 16 avril 2002 modifia cependant la législation italienne. Réduisant les sanctions pénales et le délai de prescription afférents aux infractions en matière de fausses informations sur les sociétés, il avait pour effet de mettre M. Berlusconi et ses coaccusés à l'abri des poursuites. Interrogée sur question préjudicielle, la Cour estima que le principe de l'application rétroactive de la peine la plus douce faisait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (pt.68). Il jouissait à ce titre du statut de principe général du droit communautaire « que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire et, en l'occurrence, plus particulièrement, les directives sur le droit des sociétés » (pt.69)¹⁰⁷. Etablissant un régime plus favorable aux accusés, le décret présidentiel devait donc être appliqué en lieu et place de la législation en vigueur au moment des faits.

58. La Cour refusa cependant de résoudre le conflit entre le principe de l'application rétroactive de la peine la plus douce et d'autres règles de droit communautaire dès lors que « la règle communautaire en cause est contenue dans une directive invoquée à l'encontre d'un particulier par les autorités judiciaires dans le cadre de procédures pénales » (pt. 71). Elle considéra ainsi qu'il ne lui appartenait pas de se demander si le décret présidentiel prévoyait des sanctions « appropriées » au sens de l'article 6 de la première directive « sociétés ». En effet, répondre à cette question par la négative conduirait à écarter l'application dudit décret au profit de la législation pénale antérieure, aggravant ainsi le sort des accusés. Or, « une

¹⁰³ *Yusuf*, pt.341; *Kadi*, pt.286.

¹⁰⁴ Si elle ne s'est pas encore concrétisée dans la jurisprudence de la Cour, cette hypothèse mérite d'être sérieusement envisagée depuis l'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005. Sur cet arrêt et sur la compétence pénale « indirecte explicite » ou « directe » qu'il consacre au profit du législateur communautaire, cf. *supra*, n°36 et 40, et *infra*, n°90 et s.

¹⁰⁵ Sur la « compétence pénale indirecte implicite » du législateur communautaire telle qu'elle surgit des exigences d'effectivité et de dissuasion, cf. *supra*, n°34 à 36.

¹⁰⁶ Les directives en question obligeaient simplement les Etats à sanctionner de manière « appropriée » les atteintes à leurs dispositions. Dans ses conclusions, l'avocat général considéra – implicitement – que seules des sanctions pénales – éventuellement combinées à des sanctions civiles – remplissaient cette condition d'adéquation (conclusions du 14 octobre 2004, pt.121 et 129). On notera au passage qu'outre cette condition d'adéquation, le principe d'équivalence peut lui aussi forcer les Etats membres à adopter des mesures pénales pour sanctionner la violation d'une obligation communautaire. Tel sera le cas lorsque les Etats membres prévoient des sanctions pénales pour des violations de droit national d'une nature et d'une importance similaire. Sur cette exigence d'équivalence, cf. *supra*, n°34.

¹⁰⁷ Pour une critique de ce raisonnement, cf. O. DUBOIS, *op. cit.*, p.277-278.

directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions » (pt.74)¹⁰⁸.

59. Les droits fondamentaux offraient ainsi une double protection contre les « assauts répressifs » du droit communautaire. Tandis que le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce commandait l'application du décret présidentiel au détriment de la législation antérieure, le principe de légalité des incriminations et des peines¹⁰⁹ s'opposait à un examen de la validité de ce décret au regard des exigences répressives du droit communautaire¹¹⁰.

B. Les droits de l'homme face au pouvoir répressif des Etats membres

60. Le « bouclier » communautaire des droits de l'homme n'est pas seulement destiné à protéger les particuliers des coups portés – directement – par les institutions européennes. Il arrive que dans l'exécution de leurs obligations communautaires, les Etats membres fassent preuve d'un excès de zèle peu compatible avec le respect de certains droits fondamentaux. Soucieux de garantir l'effectivité d'une mesure de droit dérivé, ils ont recours à la voie pénale pour en assurer le respect. Ce faisant, ils s'exposent aux critiques tirées du principe de proportionnalité et du respect des droits de l'homme.

61. Formatrice de communiant dans une paroisse suédoise, Mme Lindqvist avait créé des pages Internet contenant des informations personnelles sur les collègues de sa paroisse sans le consentement de ces derniers. Poursuivie pénalement pour violation de la loi suédoise transposant une directive relative à la protection des données à caractère personnel¹¹¹, Mme Lindqvist fit valoir son droit à la liberté d'expression. Saisie sur question préjudicielle, la Cour de justice¹¹² considéra que rien ne permettait de juger la directive contraire aux droits fondamentaux.

¹⁰⁸ Cf. notamment dans ce sens aff. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, 8 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.3969, pt.13 ; Aff. 14/86, *Pretore di Salò*, 11 juin 1987, *Rec.*, 1987, p.2545, pt.20 ; C-168/95, *Arcaro*, 26 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-4705, pt.36 ; C-60/02, *Procédures pénales contre X*, 7 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p.I-651, pt.61. Dans un sens très proche, cf. C-74/95, *Procédures pénales contre X*, 12 décembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-6609, pt.25. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Berlusconi*, l'avocat général KOKOTT avait écarté cette objection en considérant que la responsabilité pénale des accusés ne découlait pas des directives « sociétés » mais bien de la loi nationale en vigueur au moment des faits, lesdites directives ayant seulement pour effet d'écarter l'application de la loi nouvelle (pt.145). Selon l'avocat général, si elles laissaient aux Etats membres un pouvoir d'appréciation non négligeable (pt.85), les « sanctions appropriées » visées par la première directive « sociétés », devaient en tout cas être « efficaces, proportionnées et dissuasives » (pt 86), ce qui ne semblait pas être le cas du décret présidentiel (Cf. les points 100 et s. de ses conclusions). Par conséquent, il incombait aux juridictions italiennes de laisser inappliquée la législation nationale, adoptée après les faits et en violation du droit communautaire (pts.154-169).

¹⁰⁹ Le principe de légalité est indubitablement à l'origine de la jurisprudence de la Cour relative à l'absence d'effet direct « pénal » des directives. Cf. en ce sens le rapport du 8 mai 2006 de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (PE 367.928v01-00) (A6-0172/2006).

¹¹⁰ Dans un sens similaire, l'affaire *Regina c. Kent Kirk* (précitée, note n°21) nous apprend que les principes et droits fondamentaux de l'ordre juridique européen peuvent également faire obstacle à l'application d'une mesure communautaire qui, sans être elle-même porteuse d'une sanction, a été adoptée aux fins d'avaliser une législation pénale nationale. En l'espèce, la CJCE a jugé que le principe de non-rétroactivité s'opposait à ce qu'un règlement du Conseil puisse, *a posteriori*, valider une loi pénale britannique contraire au droit communautaire.

¹¹¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen 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 (*J.O.*, 1995, L 281/31).

¹¹² C-101/01, *Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-12971.

62. En revanche, elle déclara qu'il incombait aux autorités chargées de l'application de la loi suédoise de ménager un juste équilibre entre la liberté d'expression de Mme Lindqvist et la vie privée des personnes mentionnées sur son site internet (pt.88). Se gardant bien de trancher elle-même le nœud gordien, la Cour laissa à la juridiction de renvoi le soin de déterminer, à l'aune du principe de proportionnalité, quel droit fondamental devait l'emporter dans le cas d'espèce et, par conséquent, si le droit à la liberté d'expression devait faire barrage à l'application d'une mesure pénale *nationale* de mise en œuvre du droit communautaire¹¹³.

2. Les droits de l'homme, bouclier contre le droit pénal et épée du droit communautaire

63. Nous avons vu précédemment que dans certaines situations, les droits de l'homme servent les desseins de l'intégration européenne¹¹⁴. Ainsi coalisés, les droits fondamentaux et le droit communautaire s'opposent régulièrement aux législations pénales des Etats membres. Ces conflits surgissent dans – au moins – trois situations. Dans la première, l'Etat omet d'intégrer à son appareil répressif une garantie procédurale requise par une mesure de droit dérivé (A). Dans les deux autres situations, l'Etat adopte (B) ou applique (C) une législation pénale en violation d'un droit fondamental consacré dans les traités européens.

A. Les droits de l'homme face au manque de diligence des Etats dans l'exécution de leurs obligations communautaires

64. L'arrêt *Steffensen* du 10 avril 2003¹¹⁵ fournit une illustration convaincante du premier phénomène d'alliance entre droit communautaire et droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'interprétation de l'article 7 de la directive 89/397/CEE du Conseil, du 14 juin 1989, relative au contrôle officiel des denrées alimentaires¹¹⁶, qui prévoit la possibilité pour les Etats de prélever des échantillons de certains produits à des fins d'analyse, à condition d'accorder aux personnes concernées le bénéfice d'une éventuelle contre-expertise. La législation allemande, qui punissait l'étiquetage insuffisant de denrées alimentaires commercialisées d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement ou d'une amende, admettait cependant les preuves recueillies par les autorités compétentes en l'absence d'une contre-expertise. Condamné au paiement d'une amende administrative, M. Steffensen, responsable du contrôle de la production au sein d'une société productrice de saucisses, fit valoir que la loi allemande ne respectait pas la directive. Saisie sur question préjudicielle, la

¹¹³ Ce cas de figure est légèrement différent de celui mis en lumière par l'affaire *Berlusconi*. Dans celle-ci, l'avocat général avait en effet estimé que les directives « sociétés » *exigeaient* des Etats membres qu'ils adoptent des sanctions pénales. Ici en revanche, ce sont les Etats membres qui, de leur propre gré, choisissent la voie pénale pour assurer la sanction *effective, dissuasive et proportionnée* d'une obligation communautaire. Sur l'interaction de ces trois critères, cf. notamment E. DIRRIG, « Limites tenant à la nature des directives et cohérence de l'ordre juridique communautaire : un nœud gordien », Note sous *Berlusconi*, *R.T.D.E.*, 2005, p. 937, note 32 et les références citées. Tel sera notamment le cas, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice et même lorsque la législation communautaire ne l'exige pas explicitement, lorsque les Etats membres prévoient des sanctions pénales pour des violations de droit national d'une nature et d'une importance similaire (sur cette exigence d'équivalence, cf. *supra*, n°34). Sur la fonction « épée » dans l'affaire *Lindqvist*, cf. *infra* n°80. On notera encore que cette fonction « bouclier » trouve également à s'illustrer dans des affaires mettant en cause des mesures nationales d'exécution d'un *règlement* communautaire : cf. C-29/95, *Pastors et Trans-Cap/Belgische Staat*, 23 janvier 1997, *Rec.*, 1997, p.I-285.

¹¹⁴ Cf. *supra* n°22 et s.

¹¹⁵ C-276/01, *Steffensen*, 10 avril 2003, *Rec.*, 2003, p. I-3735.

¹¹⁶ *J.O.*, L 186/23.

Cour de justice constata la lacune de la législation nationale et invita le juge national à vérifier le respect, par celle-ci, du principe d'effectivité¹¹⁷ (pt.68), d'une part, du principe du contradictoire compris dans le droit à un procès équitable, d'autre part (pt.78).

65. Plus largement, il apparaît que les exigences liées au principe d'effectivité du droit communautaire recoupent celles relatives au droit à un procès équitable consacré par l'article 6 CEDH. Dès lors qu'une mesure de droit dérivé confère des droits aux particuliers, tant l'effectivité du droit communautaire que le respect du droit à un procès équitable commandent aux autorités nationales d'assurer le plein exercice de ces droits.

66. En effet, s'il appartient aux Etats membres, en l'absence de réglementation en la matière, de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, celles-ci ne peuvent cependant rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits (principe d'effectivité)¹¹⁸. L'article 6 CEDH, quant à lui, consacre le droit de toute personne à ce qu'il soit statué sur ses droits et obligations par un tribunal indépendant et impartial.

B. Les droits de l'homme, conditions de validité du droit pénal national

67. Les juridictions communautaires sont régulièrement amenées à s'interroger sur la validité d'une mesure répressive nationale au regard des principes fondamentaux du traité CE¹¹⁹. Ainsi en est-il par exemple du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (art.12 CE), invoqué avec succès à l'encontre d'une législation italienne qui soumettait les auteurs d'infractions de roulage à des différences de traitement fondées sur le lieu d'immatriculation de leur véhicule¹²⁰.

68. Parmi ces principes, il en est un qui mérite une mention particulière. Pilier fondateur de l'ordre juridique communautaire, la libre circulation des personnes apparaît comme un bouclier d'une efficacité sans égal. La jurisprudence relative à l'accès et au séjour des

¹¹⁷ La Cour considéra en revanche que le régime probatoire allemand satisfaisait à première vue au principe d'équivalence, qui veut que les modalités procédurales de recours destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ne soient pas moins favorables que celles relatives à des recours similaires en droit interne.

¹¹⁸ Cf., notamment, C-453/99, *Courage et Crehan*, 20 septembre 2001, *Rec.*, 2001 p. I-6297, pt.29 qui renvoie à l'arrêt C-261/95, *Palmisani*, 10 juillet 1997, *Rec.*, p. I-4025, pt 27, qui renvoie lui-même à l'arrêt *Francovich*. Dans le même sens, cf. C-312/93, *Peterbroeck*, 14 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p. I-4599, pt.12 ; C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica c. Ministero delle Finanze*, 15 septembre 1998, *Rec.*, 1998, p.I-4951, pt.19, qui renvoie à l'affaire 33/76, *Rewe*, 16 décembre 1976, *Rec.*, 1976, p.1989, pt.5 ; C-255/00, *Grundig Italiana*, 24 septembre 2002, *Rec.*, 2002, p. I-8003, pt.33. Ces modalités ne peuvent non plus être moins favorables que celles des recours similaires en droit interne (principe d'équivalence ou d'assimilation).

¹¹⁹ Dans le cadre de cette étude, nous partons du postulat que ces principes constituent bel et bien des droits fondamentaux. Cf. *supra*, n°22

¹²⁰ C-224/00, *Commission c. Italie*, 19 mars 2002, *Rec.*, 2002, p.I-2965. Pour d'autres exemples de conflits entre une mesure pénale nationale et le principe communautaire de non-discrimination, cf. S. MANACORDA, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal... », *loc. cit.*, p.248-262. L'auteur observe que dans ces cas de figure, « la disposition pénale devra reculer devant un principe de non-discrimination de valeur essentiellement économique, alors que la norme d'incrimination est souvent finalisée à la protection de valeurs prioritaires (...) » (p.252). Il en conclut, un peu vite selon nous, que « (...) le juge (...) ne pourra pas toujours se contenter de la non-application fondée sur la primauté de la norme communautaire, mais devra prendre en compte l'existence d'intérêts opposés (...) prévalant parfois sur le principe de non-discrimination. En conclusion, il semble qu'il ne pourra pas écarter l'application totale ou partielle de la norme pénale lorsqu'il apparaîtra que celle-ci – à l'issue d'un examen soigné – protège des valeurs qui prévalent concrètement sur le principe économique de source communautaire » (p.261).

ressortissants communautaires sur le territoire des autres Etats membres met en lumière l'effet *doublement* protecteur de ce principe cardinal. D'une part, la libre circulation des personnes constitue *en elle-même* une restriction importante au pouvoir des Etats en matière d'expulsion et de droit de séjour¹²¹. Commandant une appréciation au cas par cas en fonction des menaces qui pèsent sur l'ordre public, elle s'oppose aux décisions d'expulsions prononcées automatiquement suite à une condamnation pénale¹²². Dans ce cadre, elle fait également obstacle à l'application de sanctions jugées excessives telles que l'exclusion à vie du territoire national suite à une condamnation – par les tribunaux nationaux – pour usage et détention de stupéfiants¹²³.

69. La libre circulation offre d'autre part une protection *indirecte* aux personnes expulsées suite à une condamnation pénale dans la mesure où elle exige que toute décision d'éloignement du territoire national soit prise dans le respect des droits fondamentaux de son destinataire¹²⁴. Dans un arrêt du 29 avril 2004¹²⁵, la Cour a ainsi jugé qu'en décidant de l'expulsion d'un toxicomane multirécidiviste, les autorités allemandes devaient tenir compte du droit à la protection de la vie familiale de ce dernier, et en particulier du fait que son épouse et ses enfants – citoyens allemands nés et résidant en Allemagne – n'étaient pas disposés à l'accompagner dans son pays d'origine. « Cheval de Troie » des droits de l'homme, la libre circulation fournit ici un second bouclier – plus classique – aux ressortissants communautaires menacés d'expulsion¹²⁶.

C. Les droits de l'homme, conditions d'application du droit pénal national

70. Intégrée au troisième pilier de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam¹²⁷, la Convention d'application de l'accord de Schengen prévoit en son article 54 qu'« [u]ne personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas

¹²¹ Cf. les articles 27 à 33 de la directive 2004/38/CE (*J.O.*, 2004, L158/77), qui remplacent la directive 64/221/CEE.

¹²² Cf.e.a. aff. 30/77, *Bouchereau*, 27 octobre 1977, *Rec.*, 1977, p.1999 ; aff. 131/79, *Santillo*, 22 mai 1980, *Rec.*, 1980, p.1585. *Mutatis mutandis*, cf. C-503/03, *Commission c. Espagne*, 8 avril 2006, non encore publié. Cette question a resurgi récemment dans le cadre de l'interprétation des accords d'association entre l'Union européenne et des Etats tiers : cf. C-467/02, *Cetinkaya*, 11 novembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-10895 ; C-136/03, *Dörr et Ünal*, 2 juin 2005, non encore publié au Recueil ; C-383/03 *Dogan*, 7 juillet 2005, non encore publié au Recueil.

¹²³ C-348/96, *Donatella Calfa*, précité note n°28.

¹²⁴ Cf.e.a. C-441/02, *Commission c. Allemagne*, 27 avril 2006, non encore publié, pts. 107-108 : « (...) l'examen effectué au cas par cas par les autorités nationales de l'existence éventuelle d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public et, le cas échéant, de la question de savoir où se situe le juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence doit se faire dans le respect des principes généraux du droit communautaire (...). À cet égard, il doit être tenu compte des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Des motifs d'intérêt général ne sauraient être invoqués pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité que lorsque la mesure en question tient compte de tels droits ». Il s'agit là d'une application du « double filtre » évoqué *supra*, n°23.

¹²⁵ C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*, *Rec.*, 2004, p.I-5257. La Cour a considéré qu'« (...) exclure une personne du pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel qu'il est consacré à l'article 8 de la CEDH, lequel fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire » (pt.98)

¹²⁶ Ce rôle de « cheval de Troie des droits de l'homme » n'est pas nouveau. Il remonte au moins à l'arrêt *Rutili c. Ministre de l'intérieur* (aff. 36/75, 28 octobre 1975, *Rec.*, 1975, p.1219). Ce n'est toutefois que récemment qu'il a trouvé à s'appliquer dans des affaires mettant en cause des sanctions qui s'appuyaient directement sur une condamnation pénale.

¹²⁷ Cf. le Protocole additionnel au traité d'Amsterdam « intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne » ainsi que les décisions du Conseil du 20 mai 1999 n°1999/435/CE et n°1999/436/CE (*J.O.*, 1999, L176/1 et 17).

de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ».

71. Régulièrement invoqué devant la Cour de justice, le principe *non bis in idem* que consacre cette disposition – et qui est inscrit à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux – se trouve au carrefour de l'intégration communautaire et des droits de l'homme. Clef de voûte de l'espace pénal européen, il offre aux personnes qui circulent sur le territoire de l'Union l'assurance de ne pas être puni deux fois pour des mêmes faits. Comme on aurait pu s'y attendre, les juridictions communautaires lui ont conféré une portée très large.

72. Dans un arrêt *Gözütok et Brügge*¹²⁸, la CJCE a ainsi considéré que ce principe s'opposait à ce que les autorités d'un Etat membre poursuivent une personne pour des faits qui avaient déjà fait l'objet d'une transaction avec le ministère public d'un autre Etat membre¹²⁹. A cette extension *ratione materiae* du « bouclier » *non bis in idem* s'est ajoutée récemment une extension *ratione temporis*. Dans une affaire *Van Esbroeck*¹³⁰, les juges de Luxembourg ont en effet estimé que l'article 54 de la Convention de Schengen s'appliquait également aux condamnations intervenues dans un Etat membre qui, à l'époque du prononcé de celles-ci, n'était pas partie à cette Convention. Le même arrêt permet également à la Cour de préciser que contrairement aux dispositions analogues de la CEDH et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le principe *non bis in idem* consacré par la Convention de Schengen n'exigeait pas, pour trouver à s'appliquer, une identité des infractions ou des qualifications juridiques. Seule l'identité des faits matériels importait.

73. Tout semble indiquer que les juridictions communautaires sont disposées à poursuivre dans la voie de cette interprétation généreuse du principe *non bis in idem*¹³¹. Les conclusions présentées récemment par les avocats généraux Sharpston¹³² et Ruiz-Jarabo Colomer¹³³ poussent encore un peu plus loin les limites du champ d'application de l'article 54 de la Convention de Schengen. Si elles devaient être entérinées par la Cour, ces interprétations aboutiraient à étendre la portée du principe *non bis in idem* aux décisions d'acquittement pour défaut de preuves ainsi que – moyennant certaines conditions – aux jugements constatant la prescription de l'action publique.

*
* *

¹²⁸ C-187/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügge*, 11 février 2003, *Rec.*, 2003, p.I-1345.

¹²⁹ L'article 54 de la Convention de Schengen ne s'applique cependant pas à toute décision de clôture d'une affaire : cf. C-469/03, *Miraglia*, 10 mars 2005, *Rec.*, 2005, p.I-2009.

¹³⁰ C-436/04, *Van Esbroeck*, 9 mars 2006, non encore publié. Pour un commentaire, cf. H. MOCK, « 'Ne bis in idem' – Une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg », *R.T.D.H.*, 2006, p.635-345.

¹³¹ On remarquera que cette générosité ne semble pas être de mise dans tous les domaines du droit communautaire. La décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence impulsée par le règlement n°1/2003 a donné lieu à un « projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE ». Ce projet dispose en son point 79 qu'« [u]ne décision de rejet de plainte ne statue pas définitivement sur la question de l'existence ou de l'inexistence de l'infraction (...). Il s'ensuit que les appréciations portées par la Commission dans une décision de rejet d'une plainte ne sont pas de nature à empêcher le juge national ou l'autorité de concurrence nationale d'appliquer les articles 81 et 82 aux accords et pratiques qui sont soumis à leur appréciation. [Ces] appréciations (...) constituent des éléments de fait que les juridictions ou les autorités de la concurrence nationales peuvent prendre en compte (...) » (2004/C 101/05, *J.O.*, 2004, C101/65).

¹³² Conclusions présentées le 15 juin 2006 dans l'affaire C-467-04, *Gasparini*, non encore publiées.

¹³³ Conclusions présentées le 8 juin 2006 dans l'affaire C-150/05, *van Straaten*, non encore publiées.

74. Il n'est assurément pas facile de mettre de l'ordre dans les nombreux conflits entre droits de l'homme et droit pénal qui jalonnent la jurisprudence communautaire. Incontestablement, les droits fondamentaux sont régulièrement invoqués pour protéger les individus contre les mesures répressives – communautaires ou nationales – prises dans l'intérêt de l'intégration communautaire. Dans ces cas de figure, les juges de Luxembourg remplissent leur rôle de défenseurs des droits de l'homme avec soin mais sans excès de zèle. Ils se résolvent à annuler une amende de la Commission en matière de concurrence mais rechignent à en reconnaître le caractère pénal ; ils acceptent de contrôler la validité d'une mesure de lutte contre le terrorisme mais se refusent à dépasser les modestes limites du *ius cogens* ; ils s'autorisent à écarter l'application d'une directive aggravant la responsabilité pénale de particuliers mais évitent de contrôler la compatibilité d'une autre au regard de la liberté d'expression.

75. Il arrive également qu'en protégeant les particuliers des assauts du droit pénal national, les droits fondamentaux servent l'effectivité du droit communautaire et, plus largement, la dynamique de l'intégration européenne. Les juridictions communautaires semblent alors particulièrement enclines à promouvoir les droits de l'homme. Les lectures généreuses du principe *non bis in idem* et de la libre circulation des personnes en attestent. On remarquera toutefois que, même poussée par les vents combinés de l'intégration européenne et des droits fondamentaux, la Cour de justice prend garde de ne pas compromettre la séparation horizontale des pouvoirs. Si elle oblige les Etats à respecter les droits fondamentaux quand ils dérogent à une liberté de circulation, elle fait néanmoins preuve de retenue lorsqu'elle est confrontée à leur autonomie procédurale.

III. Le droit pénal, épée des droits de l'homme

76. Les rapports entre le droit pénal et les droits de l'homme ne sont cependant pas toujours conflictuels. Il arrive au contraire que le recours au droit pénal soit précisément justifié par la volonté de protéger un droit fondamental¹³⁴. Dans ce cas, le droit pénal apparaît comme une arme redoutable au service des droits de l'homme.

77. Lorsque les juges de Luxembourg sont amenés à examiner des mesures destinées à protéger des droits fondamentaux, ils peuvent considérer que l'adoption de mesures pénales est soit autorisée, soit imposée, soit interdite par le droit communautaire. Ce dernier cas vise l'hypothèse où une mesure nationale pénale, adoptée en vue de protéger un droit fondamental, entre en conflit avec une règle de droit communautaire, et se voit censurée par le juge de Luxembourg¹³⁵. Nous n'envisagerons pas ce cas de figure dans les pages qui suivent dès lors que la Cour de justice y apparaît comme un adversaire et non comme un partisan de l'alliance entre le droit pénal et les droits de l'homme.

78. En revanche, lorsque la CJCE autorise et, surtout, impose l'adoption de sanctions pénales afin de protéger un droit fondamental, elle semble partir du postulat selon lequel le droit pénal est un moyen adéquat, voire le seul moyen, d'assurer cette protection. Il convient cependant de souligner d'emblée l'ambiguïté de ces prises de position. On remarquera en effet que les arrêts qui témoignent de l'« enthousiasme répressif » de la Cour à l'égard des droits

¹³⁴ Cf. *supra*, n°10.

¹³⁵ Il s'agit simplement d'un cas de « neutralisation » du droit pénal national par le droit communautaire. Sur cet effet de neutralisation, cf. *supra* n°29

fondamentaux concernent tous des situations dans lesquelles ceux-ci font le jeu de l'intégration européenne. Dans un premier cas de figure (1), la voie pénale est utilisée par un Etat pour mettre en œuvre une mesure de droit dérivé qui assure la protection d'un droit fondamental. Dans le second (2), la sauvegarde d'un principe cardinal du droit communautaire – à la fois droit fondamental et vecteur de l'intégration européenne – commande le recours au droit odieux par les autorités nationales. Dans le dernier (3), la défense d'un intérêt essentiel de la Communauté – à la fois droit fondamental et pilier de la politique européenne – habilite le législateur communautaire à adopter – ou faire adopter par les Etats – des mesures pénales. Le droit pénal apparaît ici à la fois comme l'épée des droits de l'homme *et* du droit communautaire¹³⁶. Difficile, dans ces conditions, de savoir si les prises de position de la Cour sont motivées par la défense des droits fondamentaux pour eux-mêmes, si elles s'expliquent au contraire par le souci de garantir l'effectivité du droit communautaire¹³⁷, ou si elles sont le fruit de l'action *conjointe* du souci des droits de l'homme et de la dynamique de l'intégration européenne. Tout au long de cette section, il conviendra de garder à l'esprit cette difficulté propre au cadre communautaire.

1. Quand la Cour de justice bénit l'épée – les Etats autorisés à recourir à la voie pénale

79. La Cour de justice a consacré à plusieurs reprises l'habilitation des Etats membres à adopter des sanctions pénales en cas de violation du droit communautaire¹³⁸ et ce, alors même que ce dernier ne prévoyait pas de sanctions¹³⁹ ou uniquement des sanctions civiles¹⁴⁰.

80. Dans l'arrêt *Bodil Lindqvist*¹⁴¹, la Cour a considéré que « la protection de la vie privée requiert l'application de sanctions efficaces à l'encontre des personnes traitant des données à caractère personnel d'une manière non conforme à la directive 95/46 » (pt 88)¹⁴², à condition toutefois que ces sanctions respectent le principe de proportionnalité (pt 88). En l'espèce, la Cour a donc implicitement considéré que la protection de la vie privée, telle qu'elle est notamment consacrée par la directive 95/46¹⁴³, était susceptible de légitimer des sanctions pénales à condition qu'elles soient proportionnées¹⁴⁴.

¹³⁶ Le premier cas de figure évoqué plus haut est à cet égard le plus complexe. La « bienveillance » de la Cour à l'égard d'une mesure nationale pénale de mise en œuvre d'un acte de droit dérivé peut en effet obéir à trois motifs différents : d'une part, la protection du droit fondamental contenue dans la mesure de droit dérivé, d'autre part, l'effectivité de la mesure de droit dérivé, enfin, le respect de l'autonomie procédurale des Etats.

¹³⁷ Sur la fonction d'entraînement du droit communautaire sur le droit pénal national, cf. *supra*, n°30 et s.

¹³⁸ C-58/95, *Procédures pénales contre Gallotti e.a.*, 12 septembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-4345, pt 18. C-326/88, *Procédure pénale contre Hansen*, 10 juillet 1990, *Rec.*, 1990, p. 2392 ; C-177/95, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, 27 février 1997, *Rec.*, p. I-1111, pt 36 ; C-40/04, *Yonemoto*, 8 septembre 2005, non encore publié au recueil (pt 56 et s.).

¹³⁹ C-77/97, *Unilever*, 28 janvier 1999, *Rec.*, 1999, p. I-431.

¹⁴⁰ 186/98, *Nunes*, 8 juillet 1999, *Rec.*, 1999, p. I-4883.

¹⁴¹ C-101/01, *Bodil Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-12971. Sur la fonction « bouclier » à l'œuvre dans cet arrêt, cf. *supra*, n°61-62.

¹⁴² Directive du Parlement européen 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, *J.O.*, L 281, p. 31.

¹⁴³ Dont l'article 24 impose aux Etats de déterminer les sanctions à appliquer en cas de violation des dispositions prises pour son application.

¹⁴⁴ Une procédure pénale contre Mme Lindqvist était en effet poursuivie devant la juridiction suédoise qui a posé la question préjudicielle à la Cour de justice.

81. Par extension, la plupart des textes législatifs communautaires qui peuvent être rattachés aux droits fondamentaux et qui imposent aux Etats membres de prévoir des sanctions en cas de violation de leurs dispositions¹⁴⁵, sont susceptibles de légitimer des mesures nationales pénales, à condition qu'elles respectent le principe d'équivalence et qu'elles soient proportionnées, ce dernier contrôle étant généralement laissé par la Cour de justice aux juridictions nationales.

82. A titre plus anecdotique, on évoquera encore un arrêt dans lequel la CJCE a permis à un juge, conformément à une décision-cadre du troisième pilier visant à protéger les victimes mais en violation de son droit national, de prendre une mesure susceptible d'alourdir la situation d'une personne faisant l'objet de poursuites pénales. Dans l'arrêt *Pupino*¹⁴⁶, en effet, la CJCE était amenée à déterminer si une décision-cadre¹⁴⁷ devait être interprétée en ce sens qu'une juridiction nationale doit avoir la possibilité d'autoriser des enfants mineurs qui allèguent avoir été victimes de mauvais traitements à faire leur déposition, selon des modalités permettant de leur garantir un niveau approprié de protection, en dehors de l'audience publique et avant la tenue de celle-ci.

83. En l'espèce, une procédure pénale était engagée à l'encontre de Mme Pupino, enseignante d'école maternelle, prévenue d'avoir infligé des blessures à des élèves âgés de moins de cinq ans. Le Code de procédure italien ne prévoyait cependant la possibilité d'entendre des témoins de moins de 16 ans à un stade non contradictoire de la procédure qu'en cas de délits sexuels ou à connotation sexuelle.

84. Après avoir relevé que le caractère contraignant des décisions-cadres entraînait dans le chef des autorités nationales, une obligation d'interprétation conforme du droit national

¹⁴⁵ Pour des exemples de législation communautaire qui peut être rattachée aux droits fondamentaux, cf. notamment la Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.*, 1976, L 39, modifiée par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, *J.O.*, 2002, L269, qui introduit l'article 8 *quinquies* relatif aux sanctions à adopter ; la Directive 95/46/CE du Parlement européen 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, *J.O.*, 1995, L 281/31-50, article 24 ; la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, 2000, L 180/22-26, article 15 ; la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.*, 2002, L 201/37-47, article 15 ; la Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.*, 2004, L 373/37-43, article 16 ; le Règlement n° 1236/2005 du Conseil du 27 juin 2005 concernant le commerce de certains biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *J.O.*, 2005, L 200/1-19, article 17 (il convient de relever que ce règlement est fondé sur l'article 133 CE relatif à la politique commerciale commune). Sur ce type de législation, qui prévoit l'adoption par les Etats membres de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, cf. les développements *supra*, n°31 à 34.

¹⁴⁶ C-105/03, *Procédure pénale c. Marie Pupino*, 16 juin 2005, non encore publié au Recueil.

¹⁴⁷ Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *J.O.*, L 82, p. 1 et s. La décision-cadre impose aux Etats membres d'assurer aux victimes un rôle réel et approprié dans leur système judiciaire pénal, de veiller « à ce que les victimes particulièrement vulnérables bénéficient d'un traitement spécifique répondant au mieux à leur situation » (article 2), et de garantir « la possibilité aux victimes d'être entendues au cours de la procédure ainsi que de fournir des éléments de preuve » dans la mesure nécessaire à la procédure pénale (article 3).

(pt.34)¹⁴⁸, la Cour de justice a considéré que « la réalisation des objectifs poursuivis par les dispositions précitées de la décision-cadre exige qu'une juridiction nationale ait la possibilité, pour les victimes particulièrement vulnérables, d'utiliser une procédure spéciale, telle que la procédure incidente d'administration anticipée de la preuve prévue dans le droit d'un État membre, ainsi que les modalités particulières de déposition également prévues, si cette procédure répond le mieux à la situation de ces victimes et s'impose afin de prévenir la déperdition des éléments de preuve, de réduire au minimum la répétition des interrogatoires et de prévenir les conséquences préjudiciables, pour lesdites victimes, de leur déposition en audience publique » (pt.56)¹⁴⁹.

85. En autorisant¹⁵⁰ le juge à prendre en compte l'audition de victimes qui a eu lieu préalablement à l'ouverture des débats, la CJCE considère donc que le droit des victimes, tel qu'il résulte d'une décision-cadre, peut justifier l'adoption d'une mesure susceptible de conduire à l'aggravation de la situation d'un prévenu. De la sorte, la haute juridiction se résout à faire avec une décision-cadre ce qu'elle n'avait pas osé accomplir avec une directive¹⁵¹ : lui permettre de sortir ses effets au risque d'aggraver la situation d'une personne poursuivie pénalement.

2. Quand la Cour de justice brandit l'épée – les Etats obligés de recourir à la voie pénale

86. Dans un arrêt *Commission c. France*, la CJCE a condamné l'inaction d'un Etat en matière de poursuites pénales relatives à la libre circulation des marchandises¹⁵². Suite aux nombreuses plaintes qui lui avaient été adressées, la Commission avait introduit un recours en manquement contre la France, à qui elle reprochait sa passivité face aux actes de vandalisme perpétrés depuis de nombreuses années par les agriculteurs français à l'encontre des produits agricoles provenant d'autres Etats membres¹⁵³. Preuve de l'indifférence des autorités jusqu'au plus fort de la crise, la Commission rappela que, « s'agissant des nombreux actes de vandalisme commis durant la période d'avril à août 1993 », ces dernières n'avaient « été en mesure de ne citer qu'un seul cas de poursuites pénales » (pt.51).

¹⁴⁸ Sans leur accorder un effet direct, lequel est expressément interdit par l'article 34 TUE, la Cour reconnaît cependant pour la première fois une invocabilité minimale aux décisions-cadres : l'invocabilité d'interprétation. Cf. D. PICHOUSTRE, *loc. cit.*, p. 12. Pour une critique de cette décision, cf. S. MANACORDA, « Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », *Rev.Sc.Crim.*, 2005, p. 947.

¹⁴⁹ Nous soulignons. Il convient de relever que la Cour rappelle qu'en tout état de cause, les conditions de témoignage retenues par le juge italien doivent respecter les principes fondamentaux de l'ordre juridique national et le droit à un procès équitable inscrit à l'article 6 de la CEDH (pts.57-60). On ne peut cependant s'empêcher de souligner le caractère quelque peu cosmétique de cette précision, qui illustre néanmoins la fonction bouclier des droits de l'homme à l'encontre du droit pénal.

¹⁵⁰ Dès lors que la décision-cadre « exige » que la juridiction « ait la possibilité » de procéder à l'audition litigieuse, cet arrêt pourrait également illustrer le point suivant de cette étude, à savoir le cas d'une mesure pénale imposée par le droit communautaire en vue de protéger un droit fondamental.

¹⁵¹ Cf. l'arrêt *Berlusconi* évoqué *supra*, n°56 à 59. Pour rappel, dans cet arrêt, la CJCE avait considéré que l'absence d'effet direct des directives interdisait au juge d'écarter l'application d'une législation nationale, adoptée postérieurement à une directive et en violation de ses dispositions.

¹⁵² C-265/95, *Commission c. France*, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p. I-6959.

¹⁵³ La CJCE relève ainsi que ces actes de vandalisme consistaient notamment "dans l'interception de camions transportant de tels produits sur le territoire français et la destruction de leur cargaison, dans des violences à l'encontre des camionneurs, dans des menaces proférées contre des grandes surfaces françaises mettant en vente des produits agricoles originaires d'autres États membres ainsi que dans la dégradation de ces marchandises mises à l'étalage dans des magasins en France » (pt.2).

87. La Cour donna raison à la Commission. Elle considéra que les rares mesures prises par le gouvernement français n'avaient « manifestement pas été suffisantes pour garantir la liberté des échanges intracommunautaires de produits agricoles sur son territoire, en empêchant et en dissuadant efficacement les auteurs des infractions en cause de les commettre et de les répéter » (pt.52). Elle précisa enfin que l'indemnisation par l'Etat français des victimes des agriculteurs français, si elle était de nature à réparer partiellement leur préjudice, n'excluait pas pour autant le manquement de cet Etat (pts.59-60)¹⁵⁴. Entre les lignes, la Cour reprochait à la France de ne pas s'être engagée plus activement dans la voie pénale.

88. Certes, dans le cas d'espèce, l'« enthousiasme répressif » de la Cour obéit sans doute davantage au désir de favoriser l'établissement du marché intérieur – et l'intégration communautaire – qu'au souci de protéger un droit de l'homme. Rien ne permet toutefois de limiter le raisonnement des juges de Luxembourg à la libre circulation des marchandises. Il serait en effet difficilement justifiable pour la Cour de traiter différemment le cas d'une atteinte grave à la libre circulation des personnes – qui entretient sans doute des rapports plus étroits avec les droits de l'homme – ou au droit dérivé adopté sur la base de l'article 13 CE en vue de lutter contre les discriminations.

3. Quand la Cour de justice tend l'épée – la Communauté habilitée à recourir à la voie pénale

89. On considère traditionnellement que le législateur communautaire ne dispose d'aucune compétence pénale et n'est donc habilité ni à contraindre les Etats membres à recourir à la voie pénale pour sanctionner les violations du droit communautaire, ni, surtout, à prévoir lui-même des sanctions pénales¹⁵⁵. Il se contente généralement d'imposer aux Etats membres l'adoption

¹⁵⁴ On peut considérer que la Cour estime, en l'espèce, que le test « *mais grec* » n'est pas réussi par l'Etat français. La Cour juge ainsi qu'« il y a lieu de conclure que, en l'espèce, le gouvernement français s'est abstenu, de manière manifeste et persistante, de prendre des mesures suffisantes et appropriées pour faire cesser les actes de vandalisme qui mettent en cause sur son territoire la libre circulation de certains produits agricoles originaires d'autres Etats membres et empêcher le renouvellement de tels actes » (pt 65), en ne prenant notamment pas toutes les « mesures nécessaires et proportionnées » (pt 66).

¹⁵⁵ M.-L. CESONI, « Compétence pénale : la Cour de justice des Communautés européennes périmet-elle le principe de légalité ? », *J.T.*, 2006, n°6227, p. 365-373 ; M. JAEGER, *loc. cit.*, p. 1120. Cf. également *supra*, n°26 et s. Selon certains auteurs, cependant, rien ne s'oppose à qu'un règlement précise la nature de la sanction, y compris pénale, que les Etats membres doivent imposer en cas de violation des dispositions qu'il vise. Cf. J. STUYCK, C. DENYS, « Rapport général. Les sanctions communautaires », in F. TULKENS, H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 429 ; J.-P. JACQUE, « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in G. VAN DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *op. cit.*, p. 250 ; Conclusions de l'avocat général avant C-176/03, *Commission c. Conseil*, 13 septembre 2005, non encore publié au Recueil, note 74 et les nombreuses références citées. Sur la question, cf. M. POELMANS, *op. cit.*, p. 244 et s. Il n'est pas question ici de résoudre la question de la compétence du législateur communautaire en matière pénale mais bien de relever que la réponse à cette question dépend essentiellement de la conception que l'on retient du droit pénal, soit une conception souverainiste ou instrumentale. Selon l'avocat général DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, par exemple, le pouvoir d'imposer des sanctions pénales « doit être qualifié de compétence instrumentaire au service de l'effectivité du droit communautaire », conclusions déposées le 26 mai 2005, C-176/03, *Commission c. Conseil*, 13 septembre 2005, pt.88. Pour deux tentatives, avortées, d'insertion dans des actes communautaires d'une obligation, pour les Etats membres, d'adopter des sanctions pénales, cf. proposition COM/70/600FINAL de règlement du conseil portant établissement d'un statut de société anonyme européenne, *J.O.*, 1970, C 124/1 ; proposition COM/76/331FINAL de directive du conseil relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant la lutte contre la migration illégale et l'emploi illégal, *J.O.*, 1976, C277/2. Cf. également les propositions de directives citées par M. POELMANS, *op. cit.*, p. 267.

de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, dans la droite ligne de l'arrêt *maïs grec* de la CJCE. Pour rappel, dans cet arrêt, la CJCE s'était reconnue compétente pour vérifier le caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions adoptées par les Etats membres¹⁵⁶. Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* du 27 octobre 1992¹⁵⁷, la CJCE avait jugé qu'il appartenait au seul législateur communautaire de déterminer les solutions les plus adéquates en vue de la réalisation des objectifs de la politique agricole commune, et donc également les sanctions requises par celle-ci. Jamais cependant la Cour n'avait explicitement consacré la compétence pénale de la Communauté.

90. L'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005 lui offrit l'occasion de franchir le Rubicon et de rejoindre, dans une mesure qui reste à définir, la position défendue de longue date par la Commission européenne¹⁵⁸. Dans cet arrêt d'ores et déjà célèbre¹⁵⁹, la Cour de justice annula une décision-cadre du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal au motif qu'elle empiétait sur les compétences communautaires. Ce texte avait initialement été proposé par la Commission sous la forme d'une directive fondée sur l'article 175 CE. Il avait cependant été rejeté par une majorité d'Etats membres, qui préférèrent l'adopter dans le cadre du troisième pilier¹⁶⁰. Arguant de la

Il arrive que le législateur communautaire oblige les Etats membres à prévoir, en cas de violation des règles communautaires, une sanction soit pénale soit disciplinaire (Directive 2001/25 du 4 avril 2001 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer, *J.O.*, 2001, L136/17) ou administratives (Règlement (CEE) no 1371/84 de la Commission du 16 mai 1984 fixant les modalités d'application du prélèvement supplémentaire visé à l'article 5 quater du règlement (CEE) no 804/68, *J.O.*, 1984, L132/11-16, article 16, 1°, a) ; Règlement (CEE) n° 3483/88 du Conseil du 7 novembre 1988 modifiant le règlement (CEE) n° 2241/87 établissant certaines mesures de contrôle à l'égard des activités de pêche, *J.O.*, 1988, L306/2-4, article 11 quater, 1°, Règlement (CEE) n° 2847/93 du Conseil, du 12 octobre 1993, instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, *J.O.*, 1993, L261/1-16, article 31, 1°). Sur les règlements en matière de politique agricole commune et la jurisprudence de la Cour qui s'y rapporte, cf. J. STUYCK, C. DENYS, *loc. cit.*, p.440-448. Le législateur européen a également procédé à plusieurs reprises au mécanisme du double texte : un texte du premier pilier prévoyant la nécessité de prendre des sanctions adéquates accompagné d'une décision-cadre prévoyant l'obligation pour les Etats membres d'adopter des sanctions pénales. Cf. D. PICHOUSTRE, « La compétence pénale de la Communauté. A propos de l'arrêt *Commission c. Conseil*, rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 2006, p. 13. Cf. également à ce sujet la communication de la Commission relative à l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005, *infra*, n°93.

¹⁵⁶ Pour une interprétation de cet arrêt comme consacrant implicitement une compétence pénale indirecte de la Communauté, cf. *supra* n°35 et 42.

¹⁵⁷ Cf. C-240/90, *Allemagne c. Commission*, 27 octobre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-5383. Sur cet arrêt, cf. *supra* n°41.

¹⁵⁸ Pour un recensement des initiatives de la Commission visant à prévoir une compétence du législateur communautaire pour imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales, cf. D. FLORE, « Un droit pénal européen : hasard ou nécessité? », in D. FLORE et al., *op. cit.*, p. 6-8.

¹⁵⁹ Sur cet arrêt, cf. notamment S. MANACORDA, *loc. cit.*, p.940-951 ; E. DIRRIG, *loc. cit.*, p. 938-941 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal ? », *R.T.D.E.*, 2006, p.377-389 ; D. PICHOUSTRE, « La compétence pénale de la Communauté. A propos de l'arrêt *Commission c. Conseil*, rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 2006, p.10-16 ; F. CHALTIEL, « Une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne : la souveraineté pénale en devenir », *Rev. du Marché commun et de l'Union européenne*, 2006, n°494, p. 24-28 ; B. KOTSCHY « Could Brussels put Britons into prison ? Arrêt « *Commission/ Conseil* (sanctions pénales en matière d'environnement) » », *R.D.U.E.*, 2005, p.641-645. Cf. également le rapport du European Union Committee de la House of Lords, 42nd report of session 2005-2006, disponible à <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200506/ldselect/lddeucom/227/22702.htm>. Pour une lecture critique de l'arrêt, cf. M.-L. CESONI, *loc. cit.*, p. 365.

¹⁶⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *J.O.*, C 180 du 26 juin 2001, p. 238.

compétence du législateur communautaire pour imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales « lorsque cela s'avère nécessaire pour atteindre un objectif communautaire » (§ 15), la Commission, soutenue par le Parlement européen, avait alors introduit un recours devant la Cour de justice.

91. Se fondant notamment sur les articles 135 et 280 CE, qui réservent l'application du droit pénal national et l'administration de la justice aux Etats membres et sur le titre VI UE, le Conseil fit valoir qu'en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté ne disposait pas d'une telle compétence (pt.26) qui, compte tenu de l'importance considérable du droit pénal pour la souveraineté des Etats membres, n'a pu être implicitement transférée à la Communauté à l'occasion de l'attribution de compétences spécifiques (pt.27).

92. Après avoir rappelé qu'aucune disposition du traité UE ne peut affecter une disposition du traité CE (pt.38), d'une part, et qu'il lui incombe de vérifier le choix de la base juridique d'un acte communautaire au regard d'éléments objectifs, tels le but et le contenu de l'acte (pt. 45)¹⁶¹, d'autre part, la Cour relève que la décision-cadre attaquée poursuit un objectif de protection de l'environnement (pt.46), objectif essentiel (pt.41), « transversal et fondamental » (pt.42) de la Communauté¹⁶². La Cour constate que la décision-cadre contient une liste d'infractions qui doivent être sanctionnées pénalement par les Etats membres et que « en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté » (pt.47). Dans un motif qui fera assurément date dans la jurisprudence communautaire, la Cour considère que « cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement » (pt.48)¹⁶³.

¹⁶¹ Récemment, la Cour a considéré que les dispositions de la directive sur la protection des données (95/46, J.O., L281/31), prévoyant la communication aux autorités américaines de données relatives aux passagers des compagnies aériennes en vue de combattre le terrorisme, ne pouvaient pas être adoptées sur la base de l'article 95 CE, dès lors qu'elles concernaient des objectifs de sécurité publique et à des fins répressives (C-317 et 318/04, *Parlement c. Conseil et Parlement c. Commission*, 30 mai 2006, spéc. pts.55-57, non encore publié au Recueil).

¹⁶² Selon C. HAGUENAU-MOIZARD, la compétence de la Communauté en matière pénale est limitée par la Cour aux textes communautaires qui visent ces objectifs essentiels, transversaux et fondamentaux de la Communauté (*loc. cit.*, p.384). La Communication de la Commission relative à cet arrêt ne reprend cependant pas ces qualificatifs (cf. *infra*, n°93).

¹⁶³ Cf. également les conclusions de l'avocat général. Selon lui, si la Communauté peut imposer aux Etats membres d'adopter des sanctions pénales, ceux-ci conservent néanmoins la compétence de choisir quelle sanction pénale adopter (pt.73 et s.). Dans sa communication relative à cet arrêt, la Commission considère que la Cour est allée plus loin que ce que lui proposait son avocat général. En effet, selon la Commission, il résulte de l'arrêt du 13 septembre 2005 que lorsqu'elle considérera que des mesures pénales sont nécessaires pour garantir la pleine effectivité du droit communautaire, elle pourra prévoir, outre le principe même du recours à des sanctions pénales, « la définition de l'incrimination, c'est-à-dire des éléments constitutifs de l'infraction et éventuellement la nature et le niveau des sanctions pénales applicables, ou d'autres éléments en relation avec le droit pénal » (pt.10). C. HAGUENAU-MOIZARD fait remarquer que la Cour ne fonde pas sa décision sur l'article 10 CE, contrairement à sa jurisprudence *mais grec* (*loc. cit.*, p.385) Cela ne nous semble guère surprenant dès lors qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, de déterminer si les Etats membres avaient adopté des sanctions de nature à assurer l'effectivité du droit communautaire mais bien de savoir si le législateur communautaire avait la compétence pour leur imposer d'adopter des sanctions pénales. Cet arrêt ne peut pas non plus être considéré simplement comme une violation du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale en matière de

93. Forte du soutien du juge communautaire, la Commission a publié, le 23 novembre 2005, une communication relative à cet arrêt¹⁶⁴. Selon la Commission, s'il résulte bien de l'arrêt que le droit pénal en tant que tel ne constitue pas une politique communautaire, l'adoption de mesures pénales appropriées est cependant possible sur une base communautaire de façon sectorielle, « et seulement à condition que soit établie la nécessité de lutter contre les manquements graves à la mise en œuvre des objectifs de la Communauté et de prévoir des mesures pénales en vue de garantir la pleine effectivité d'une politique communautaire ou le bon fonctionnement d'une liberté » (pt.7). La Commission relève le caractère fonctionnel de l'approche de la Cour et estime que le critère qui fonde la compétence du législateur communautaire en matière pénale est la « nécessité de faire respecter la réglementation communautaire » (pt.9), le raisonnement de la Cour s'appliquant « à toutes les politiques communautaires et libertés dans lesquelles existent des normes contraignantes auxquelles des sanctions pénales devraient être associées pour garantir leur effectivité » (pt.8), à condition que soit respectée la double condition de nécessité (de rendre effective la politique communautaire en cause) et de cohérence (du dispositif pénal de l'Union) (pt.11-13)¹⁶⁵. Outre l'interprétation large qu'elle donne de l'arrêt¹⁶⁶, le principal intérêt de la communication de la Commission concerne les conséquences que cette décision devrait entraîner, à savoir la régularisation de tous les actes adoptés dans le cadre du troisième pilier sur une base désormais incorrecte et dont elle livre une liste en annexe de sa communication¹⁶⁷.

94. Le 14 juin 2006¹⁶⁸, le Parlement européen a adopté une résolution sur les conséquences de l'arrêt du 13 septembre 2005¹⁶⁹ qui réaffirme la nécessité d'inclure dans le premier pilier, sur la

sanction de violations du droit communautaire tel qu'il a été consacré par l'arrêt *Amsterdam Bulb* (en ce sens, cf. D. PICHOUSTRE, *loc. cit.*, p.13-16). Cet arrêt reconnaît en effet la compétence des Etats membres pour choisir la sanction qui leur semble appropriée en cas de violation du droit communautaire mais seulement en l'absence de disposition expresse au niveau de la législation européenne, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Cf. aff. 50/76, *Amsterdam Bulb*, 2 février 1977, *Rec.*, 1977, p. 137, pt.33. Il nous paraît cependant pertinent d'affirmer qu'il constitue une application du principe des pouvoirs implicites (en ce sens, D. PICHOUSTRE, *loc. cit.*, p.15).

¹⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil, COM(2005) 583 final). Sur cette communication, cf. F. COMTE, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 relatif aux sanctions pénales », *R.D.U.E.*, 1/2006, p.131-147.

¹⁶⁵ Plusieurs auteurs ont relevé que la Commission omettait de se référer au caractère « indispensable » de la mesure communautaire prévoyant l'obligation pour les Etats membres d'adopter des sanctions pénales, H. G. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice », *R.T.D.E.*, 2006, p. 14 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *loc. cit.*, p. 383.

¹⁶⁶ Cf. notamment l'interprétation beaucoup plus restrictive de l'arrêt retenue par le Conseil « Justice et affaires intérieures » informel qui s'est tenu à Vienne du 12 au 14 janvier 2006, Conseil justice - affaires intérieures : la présidence souhaiterait réduire les pouvoirs de l'U.E. en droit pénal, *Europolitique*, 10 janvier 2006. Cf. également le rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 25 janvier 2006, n°2829, disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i2829.asp>.

¹⁶⁷ Sont ainsi notamment concernées la Directive visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et la Décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers du 28 novembre 2002 (*J.O.*, 2002, L328/17 et 1), textes qui, selon la Commission, auraient dû être adoptés sur la base des article 61 a) et 63 paragraphe 3 b du traité CE. A titre conservatoire, la Commission a saisi la Cour de justice le 8 décembre 2005 d'un recours en annulation contre la seule décision-cadre qu'elle pouvait encore attaquer conformément aux délais de procédure, soit la décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires (recours C-440/05).

¹⁶⁸ 2006/2007(INI).

base de l'article 42 du traité UE, la coopération judiciaire et policière en matière pénale (pt.4). Le Parlement partage un certain nombre de prises de position de la Commission mais invite toutefois celle-ci à « appliquer l'arrêt rendu par la Cour de justice dans les domaines relevant des principaux principes, objectifs et compétences de la Communauté et à le faire avec prudence, au cas par cas et toujours en coopération avec le Conseil et le Parlement européen » (pt.10). Selon le Parlement, la Commission doit garder à l'esprit « que les présupposés de l'inclusion de dispositions pénales dans le premier pilier doivent être clairs et déterminés au préalable; que ceux-ci ne valent que pour autant que le respect du droit communautaire ne peut être obtenu autrement que par le recours à des sanctions pénales; qu'il convient, en particulier, de s'assurer qu'il s'est produit des violations fréquentes et répétées des normes communautaires, sans qu'il ait été possible de les empêcher par la législation en vigueur, même en faisant appel aux droits nationaux »(pt.15).

95. Ces prises de position contrastées des institutions européennes sont particulièrement éclairantes pour notre propos. La Commission considère que, suite à l'arrêt du 13 septembre 2005, le législateur communautaire est en mesure d'imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales dès lors que *l'effectivité* du droit communautaire le requiert. Elle sous-entend par-là que c'est la défense du droit communautaire en tant que tel qui a motivé l'octroi par la Cour d'une compétence pénale à la Communauté.

96. Le Parlement met quant à lui l'accent sur l'importance de *l'intérêt* protégé par la mesure communautaire. Selon sa lecture de l'arrêt, le législateur européen n'est habilité à recourir à la voie pénale que dans le cadre des principaux principes, objectifs et compétences de la Communauté. Cette position repose sur l'idée que c'est l'objectif de la mesure – la protection de l'environnement – davantage que son effectivité qui a dicté la décision de la Cour.

97. La position du Parlement, plus modérée, nous paraît également plus pertinente. D'une part, la Cour insiste elle-même dans son arrêt sur le fait que la protection de l'environnement est un objectif essentiel, « transversal et fondamental » de la Communauté. D'autre part, il est peu probable, à tout le moins dans un premier temps, que la CJCE étende l'« intrusion pénale » du législateur européen à n'importe quel domaine du droit communautaire.

98. Si cette interprétation de l'arrêt devait s'avérer correcte, celui-ci nous livrerait une illustration incontestable de la fonction “épée” des droits de l'homme. Il est en effet communément admis aujourd'hui que le droit à un environnement sain compte parmi les droits dits de la troisième génération. On signalera par ailleurs que cette lecture de l'arrêt ouvre la voie au développement d'une compétence pénale communautaire dans tous les domaines du traité CE qui touchent à la défense d'un droit de l'homme¹⁷⁰ ou à un – autre – intérêt fondamental de la Communauté¹⁷¹.

¹⁶⁹ Rapport du Parlement européen sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 Commission contre Conseil), A6-2006-0172.

¹⁷⁰ Dans sa communication précitée (*op. cit.*, note 9), la Commission relève ainsi que le texte de la proposition de décision-cadre du Conseil concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie (Proposition COM du 29/11/01, *J.O.*, 2002, C75E/269) est actuellement conforme à la répartition des compétences entre piliers, mais que l'adoption d'une directive sur la base de l'article 13 TCE serait nécessaire si des sanctions pénales en vue de combattre les discriminations devaient être envisagées. Il convient de relever, à cet égard, que le traité d'Amsterdam de 1997 a introduit l'article 13 TCE qui habilite la Communauté à agir, dans le cadre du Traité CE, pour lutter contre la discrimination fondée sur une série de motifs tels que la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle, et non plus seulement sur le sexe. Il est plausible que, vu l'importance des intérêts protégés, la Cour de justice considère que les textes adoptés en

*
* *

99. Les arrêts présentés dans cette section nous démontrent la particularité de la fonction « épée » du droit pénal au service des droits de l'homme dans le cadre communautaire. Jamais à ce jour – à notre connaissance – la Cour de justice n'a favorisé l'usage du droit pénal au nom des droits fondamentaux lorsque celui-ci s'oppose à la dynamique de l'intégration européenne¹⁷². Lorsque la CJCE commande ou permet aux autorités nationales ou européennes de sanctionner pénalement la violation d'un droit de l'homme, elle sert en même temps l'intérêt communautaire. Il n'est pas aisé, dans ces conditions, de savoir si l'enthousiasme répressif des juges de Luxembourg obéit à un souci de défense des droits de l'homme ou s'il répond à un désir de promotion du droit communautaire. Les arrêts analysés plus haut laissent cependant penser que seul l'intérêt *combiné* des droits fondamentaux et de l'intégration communautaire est assez puissant pour actionner le levier pénal... et peut-être ouvrir la boîte de Pandore.

Conclusion

100. Cette étude nous a permis de mesurer toute la complexité des rapports entre le droit pénal et les droits de l'homme dans la jurisprudence communautaire. L'existence et l'interaction de trois relations « bouclier-épée » (droits de l'homme-droit pénal, droit communautaire-droit de l'homme, droit communautaire-droit pénal) et la prégnance des problématiques institutionnelles propres à l'ordre communautaire viennent considérablement compliquer les enjeux traditionnels des rapports entre droit pénal et droits de l'homme.

101. Quelques pistes permettent cependant de voir plus clair dans une jurisprudence abondante, touffue, et, par hypothèse, casuistique. A cet égard, il nous a d'abord fallu, arbitrairement certes, distinguer les relations entre le droit pénal et le droit communautaire et celles entre ce dernier et les droits de l'homme.

application de cet article requièrent l'adoption, par les Etats membres, de sanctions pénales en cas de violation de leurs dispositions.

¹⁷¹ Cette interprétation requiert cependant certaines réserves. Selon le juge Puissochet, en effet, « contrairement à ce qui a été dit parfois, et sans trahir le secret du délibéré, mon sentiment est que l'arrêt est strictement cantonné à la protection de l'environnement et se fonde expressément sur la spécificité de cette matière. La solution de la Cour s'explique uniquement par l'importance que les traités accordent à la protection de l'environnement en tant qu'objectif « essentiel, transversal et fondamental » de la Communauté. Chaque mot a ici son importance. Contrairement à ce que semble penser la Commission dans sa communication du 23 novembre 2005, l'arrêt du 13 septembre 2005 ne saurait être considéré comme un précédent permettant de dire que la Cour pourrait transposer dans d'autres matières cette solution spécifique à la protection de l'environnement », Réunion de la délégation pour l'Union européenne du Sénat français du 22 février 2006, disponible à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html. Sur cette intervention, cf. également *supra*, note n°49.

¹⁷² Ce cas de figure est pourtant envisageable. On peut en effet imaginer qu'un jour, la Cour soit confrontée à une mesure pénale nationale qui, tout en cherchant à protéger un droit de l'homme, porte gravement atteinte à la libre circulation. Si elle privilégiait la fonction « épée » des droits de l'homme à la fonction « bouclier » du droit communautaire, la Cour considérerait alors que la disproportion de la mesure au regard du droit communautaire est « rachetée » par le fait qu'elle entend protéger un droit de l'homme. A notre sens, l'arrêt *Omega* (C-36/02, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9609) qui concernait une interdiction administrative, se rapproche le plus de ce cas de figure.

102. Il est ensuite apparu que la traditionnelle fonction « bouclier » exercée par les droits de l'homme à l'encontre du droit pénal occupait une place importante dans la jurisprudence des juridictions communautaires. Cette fonction s'est, d'abord et avant tout, développée en soutien de l'intégration communautaire et au détriment des législations pénales des Etats membres. Dans ces cas de figure, les juges de Luxembourg n'ont pas hésité à adopter des interprétations généreuses des garanties offertes par les droits de l'homme, freinées seulement par des préoccupations institutionnelles liées à la sphère d'autonomie des Etats. La CJCE n'a cependant pas réservé son souci des droits fondamentaux au droit national gravitant dans l'orbite communautaire. La compétence répressive¹⁷³ - voire pénale¹⁷⁴ - de la Communauté s'est vue - et se verra sans doute à l'avenir-, limitée par les garanties essentielles des droits de l'homme qui font partie des principes généraux du droit communautaire. On a toutefois le sentiment que, partagée entre le souci de défendre les droits de l'homme et le désir d'assurer l'effectivité du droit communautaire, la Cour se montre généralement moins tatillonne dans ces situations.

103. La mise à disposition des droits fondamentaux de l'arme pénale a, pour sa part, émergé plus lentement des limbes du droit communautaire. Elle n'a été rendue possible que par le développement de deux phénomènes : l'attention croissante portée aux droits fondamentaux par les différentes institutions communautaires, d'une part, et le souci, révélé notamment par l'arrêt *Maïs grec*, de veiller à l'effectivité du droit communautaire en sanctionnant adéquatement sa violation¹⁷⁵, d'autre part. Dès lors que l'importance des droits fondamentaux et la nécessité de sanctionner leur violation se voyaient consacrées dans l'ordre juridique communautaire, la question du recours au droit pénal dans cette optique devait, presque inévitablement, se poser. La Cour de justice a ainsi considéré à plusieurs reprises que la mise en œuvre de règles de droit communautaire protégeant un droit fondamental requerrait dans certains cas, autorisait dans d'autres, l'adoption de mesures répressives, voire pénales *stricto sensu*.

104. L'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005 va aujourd'hui beaucoup plus loin en conférant au législateur communautaire, selon des modalités et à des conditions qui restent à confirmer, le pouvoir d'imposer aux Etats membres le recours à la voie pénale pour sanctionner l'atteinte à un objectif essentiel, transversal et fondamental de la Communauté, notion qui reste également à définir. On peut d'ores et déjà penser que les droits de l'homme, dont l'importance dans l'ordre juridique communautaire n'est plus à démontrer, trouveront rapidement leur place au rang des intérêts fondamentaux qui confèrent à la Communauté une compétence pénale¹⁷⁶.

105. Deux éléments pourraient toutefois déjouer ou tempérer cette prédiction. D'une part, il est possible que la CJCE décide de faire preuve d'une certaine réserve afin de ménager la sensibilité des Etats membres – et par conséquent du Conseil –, qui s'est manifestée par une désapprobation explicite de l'arrêt du 13 septembre 2005. D'autre part, on ne peut exclure qu'une multiplication de recours visant à développer la compétence pénale de la

¹⁷³ En matière de concurrence, notamment.

¹⁷⁴ Directe ou indirecte selon que le législateur communautaire prévoit lui-même les sanctions pénales, laissant aux Etats membres le soin de les appliquer, ou bien se contente de leur imposer d'adopter desdites sanctions. Contrairement à la compétence pénale directe, cette dernière compétence peut également être implicite (sanctions non pénales jugées non effectives ou dissuasives). Cf. *supra*, note n°51.

¹⁷⁵ Au besoin par la voie pénale.

¹⁷⁶ A condition, bien évidemment, que cette jurisprudence se confirme.

Communauté¹⁷⁷ entraîne un arrêt du type *Keck et Mithouard*¹⁷⁸, retour du balancier bien souvent inévitable dans la jurisprudence de Luxembourg¹⁷⁹.

106. Une observation suscitée par les pénétrantes réflexions de F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE¹⁸⁰ clôturera cette contribution. Dans un article récent, ces auteurs affirment que le développement de la fonction « épée » des droits de l'homme entraîne nécessairement un affaiblissement de leur rôle de bouclier. Nous ne sommes pas sûrs de partager un tel point de vue. Certes, nous avons pu constater dans l'arrêt *Pupino* que la promotion des droits de la victime s'opérait presque inévitablement au détriment de ceux de l'accusé. On remarquera cependant que, même dans cet arrêt – tout à fait isolé dans la jurisprudence communautaire –, la Cour rappelle qu'il incombe à la juridiction de renvoi de veiller au respect du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la CEDH. Si ses implications concrètes demeurent passablement obscures, cette mise en garde à l'adresse du juge national démontre néanmoins que la Cour reste consciente des dérives « liberticides » auxquelles peut conduire la répression au nom des droits de l'homme.

107. On notera en outre que les rapports entre les fonctions « épée » et « bouclier » ne prennent pas nécessairement la forme d'un jeu à somme nulle. L'arrêt *Bodil Lindqvist* nous enseigne ainsi que la protection pénale d'un droit fondamental – le droit à la vie privée mis en cause par le traitement des données à caractère personnel – peut, dans des circonstances précises, être adoucie au nom de la défense d'un autre droit de l'homme – la liberté d'expression. Dans ces cas de figure, le bouclier et l'épée se complètent davantage qu'ils ne se détruisent¹⁸¹.

108. Enfin, plus généralement, il ne nous semble exister aucune objection de principe à ce que les fonctions « épée » et « bouclier » coexistent au sein d'une même jurisprudence. Les pages qui précèdent en attestent : l'« enthousiasme répressif » dont fait parfois preuve la Cour de justice dans la protection de certains droits fondamentaux n'entame en rien la vigueur avec laquelle elle utilise ceux-ci pour contrer les excès du droit pénal.

109. Si la légitimité de la fonction bouclier est à peu près incontestée, celle de la fonction épée ne fait pas, et pour cause, l'unanimité. C'est en définitive le postulat de la vocation du

¹⁷⁷ Outre les initiatives annoncées par la Commission dans sa communication du 23 novembre 2005, on peut imaginer des recours en manquement contre des Etats membres qui, en mettant en œuvre le droit communautaire, n'auraient pas adopté de sanctions pénales, des questions préjudicielles en validité visant des décisions-cadres existantes, etc.

¹⁷⁸ Cet arrêt visait à apaiser la tempête déclenchée par l'arrêt *Cassis de Dijon* (aff. 120/78, 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649) en ce qui concerne les entraves à la libre circulation des marchandises, en ôtant de cette catégorie, de façon quelque peu arbitraire, les modalités de vente (C-267/91 et C-268/91, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p. I - 6097).

¹⁷⁹ L'intervention du juge Puissochet donne du crédit à une telle lecture restrictive de l'arrêt du 13 septembre 2005. Sur cette intervention, cf. *supra*, note n°164.

¹⁸⁰ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal », in F. VERBRUGGEN e.a. (dir.), *Strafrecht als roeping – Liber amicorum Lieven Dupont*, vol.II, Leuven, Universitair Pers Leuven, 2005, p.249-268, spéc. p.254. Les auteurs estiment également que le développement de la fonction « épée » des droits de l'homme est lié au mouvement d'individualisation de ceux-ci (*ibidem*, p.255). Cette opinion ne semble pas recevoir de confirmation dans la jurisprudence de la CJCE. En effet, plusieurs arrêts qui consacrent la fonction « épée » mettent en scène des droits qui ont une dimension collective. La libre circulation des marchandises (*Commission c. France*) et le droit à un environnement sain (*Commission c. Conseil*) touchent moins à l'autonomie de la personne qu'à la réalisation d'un objectif de société (un marché sans frontières dans le premier cas, un monde moins pollué dans le second).

¹⁸¹ Lorsqu'il existe de réels conflits entre les deux fonctions, la Cour paraît encliner à confier au juge national le soin de trancher en l'espèce laquelle doit prévaloir.

droit pénal à sanctionner le plus adéquatement une violation grave d'un droit fondamental qu'il convient d'interroger. Cette remise en question est d'autant plus nécessaire que « l'enthousiasme répressif » semble aujourd'hui gagner une organisation internationale dotée de compétences limitées et d'une légitimité démocratique restreinte. Aussi faut-il espérer que chaque fois qu'elle sera invitée à bénir, à brandir ou à tendre l'épée en se fondant sur la légitimité des droits de l'homme, la Cour veillera à respecter la double subsidiarité du droit pénal¹⁸² et du droit communautaire¹⁸³.

¹⁸² Sur la subsidiarité du droit pénal par rapport aux autres formes d'intervention étatique, cf. M. VAN DER KERCHOVE, S.VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 153 et s.

¹⁸³ Sur la subsidiarité du droit communautaire, cf. notamment R. DEHOUSSE, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », in F. DELPEREE (dir.), *op. cit.*, p. 361-366 ; J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in F. DELPEREE (dir.), *op. cit.*, p. 375-386.