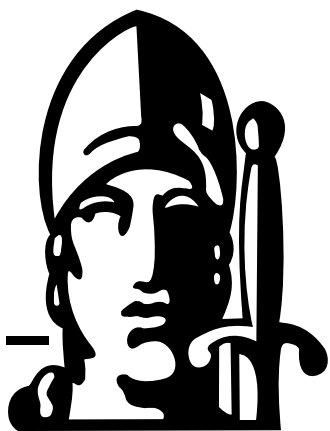




Journal des tribunaux

3 juin 2006
125^e année - N° 6227

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Rédacteurs en chef : Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940)
Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981) - Roger O. Dalcq (1981-2004)

Editeur : Larcier, rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles

21 ISSN 0021-812X

COMPÉTENCE PÉNALE : LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES PÉRIME-T-ELLE LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ?

En annulant, dans son arrêt du 13 septembre 2005, la décision-cadre du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal au motif qu'elle empiète sur les compétences communautaires, et en affirmant que le législateur communautaire a le pouvoir d'imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales dans les matières de sa compétence, la Cour de justice des Communautés européennes ne se limite pas à interpréter de manière extensive les Traités européens, mais crée ex novo une compétence pénale communautaire non prévue par les Traités. Une telle décision ne prend cependant pas en compte la portée du principe de légalité, qui régit la matière pénale et interdit, en principe, l'application à cette dernière de la théorie des pouvoirs implicites, utilisée par la Cour pour élargir les compétences communautaires. La décision à l'étude revient, dès lors, à une modification du Traité instituant la Communauté européenne et franchit, par conséquent, les limites de compétence de la Cour.

Depuis un certain nombre d'années, la Commission européenne revendique une compétence communautaire en matière pénale [1]. Dans un arrêt du 13 septembre 2005 (1), la Cour de justice des Communautés européennes, réunie en grande chambre, reconnaît l'existence d'une telle compétence, mais à titre accessoire [2]. Cette décision est fondée sur une interprétation des Traités qui nous paraît inadéquate pour ce qui relève de la matière pénale et oblige à s'interroger sur un éventuel dépassement de ses compétences par la Cour [3]. Ses effets vont au delà des frontières de la décision-cadre concernée [4], puisqu'ils « sont susceptibles d'affecter toutes les politiques communautaires et les libertés fondamentales reconnues par le Traité (2). » Cet arrêt aboutit ainsi à une « communautarisation jurisprudentielle du droit pénal (3) », même si

limitée aux domaines relevant déjà de la compétence communautaire (4).

1 L'OBJET DE LA CONTROVERSE

Aucune disposition du Traité instituant la Communauté européenne ne se réfère à la matière pénale sinon, dans certains domaines, pour exclure explicitement la compétence communautaire. Le Traité sur l'Union européenne, adopté à Maastricht le 7 février 1992, a prévu pour la première fois, dans son titre VI, la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (5) (« troisième pilier »), qui est devenue ainsi un domaine d'intérêt commun, mais est restée du ressort de la coopération intergouvernementale. Depuis la fin des années 1980, cependant, la

(1) C.J.C.E., arrêt du 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03 (<http://curia.eu.int/jurisp>). Le dispositif est publié au J.O.C.E. C 315 du 10 décembre 2005, p. 2.

(2) Martine Roure (P.S.E.), Parlement européen, séance plénière du 30 novembre 2005, « Recours aux sanctions pénales en cas de violation du droit communautaire », débat, www.europarl.eu.int.

(3) Patrick Louis, groupe IND/DEM (Parlement européen, séance plénière du 30 novembre 2005, précitée).

(4) L'arrêt de la Cour ne vise ni ne comporte une communautarisation du troisième pilier, au contraire de ce qu'affirme D. Pichouste, « La compétence pénale de la Communauté », *J.T.D.E.*, n° 125, 2006, pp. 10 et 15.

(5) Devenue « coopération policière et judiciaire en matière pénale » dans le Traité d'Amsterdam.

S O M M A I R E

- Compétence pénale : la Cour de justice des Communautés européennes pèrime-t-elle le principe de légalité?, par M. L. Cesoni 365
- I. *Cautio judicatum solvi* - Exemption au profit des réfugiés et des apatrides - Extension de l'exemption en faveur de la personne postulant le statut de réfugié - II. Référé - Urgence - Appréciation par le juge d'appel - Défaut du demandeur - Incidence - Rejet de la demande. (Bruxelles, 21^e ch., 20 janvier 2006) .. 373
- Vol - Conditions de l'infraction - Elément matériel - Appropriation du bien, même pendant un très bref instant. (Bruxelles, 11^e ch., 21 décembre 2005) 374
- Droit judiciaire européen - Signification à l'étranger - Signification belgo-suisse - Convention de La Haye du 15 novembre 1965 (article 3) - Date de la signification - Remise de l'acte aux services de la poste belge. (Bruxelles, 9^e ch., 8 décembre 2005, note) 374
- Lutte contre la discrimination - Action en cessation - Titulaires - Action d'intérêt collectif - Conditions. (Bruxelles, 9^e ch., 25 octobre 2005, note) 376
- Instruction de la cause - Mise en état légale (art. 751, C. jud.) - Pli judiciaire - Conditions d'efficacité - Reproduction de l'article dans l'avertissement - Portée de l'obligation - Applicabilité à l'avis simple notifié à l'avocat de la partie mise en demeure de conclure. (Civ. Namur, 4^e ch., 26 avril 2006) ... 378
- Chronique judiciaire : Régulariser? - Bibliographie - Parallèlement... - Correspondance - Mouvement judiciaire - Coups de règle.

2006

365

Commission européenne a tenté de faire admettre que l'adoption de sanctions pénales peut être imposée aux Etats membres par un instrument de droit communautaire, dans les matières relevant de la compétence de la Communauté et lorsqu'un tel type de sanction est nécessaire pour garantir l'effectivité des règles communautaires (6).

Le 15 avril 2003, la Commission, soutenue par le Parlement européen, a déposé un recours en annulation (7) de la décision-cadre 2003/80/JAI du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, au motif qu'elle définit sur la base du Traité sur l'Union européenne un certain nombre d'activités que tout Etat membre doit « qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne » (article 2 de la décision-cadre), alors que le domaine de l'environnement relève de la compétence communautaire [1]. Soutenu par onze Etats membres (8), le Conseil a cependant contesté l'existence d'une compétence communautaire en matière pénale [2].

1. — Les arguments de la Commission

Tout en reconnaissant « qu'il n'y a pas de précédent en la matière » (C.J.C.E. (9), § 20), la Commission a soutenu que « la Communauté est compétente pour imposer que les Etats membres prennent des sanctions, le cas échéant pénales, au niveau national, lorsque cela s'avère nécessaire pour atteindre un objectif communautaire » (C.J.C.E., § 15). Son recours était fondé sur deux arguments principaux :

a) Base juridique non correcte

D'une part, la base juridique retenue par le Conseil ne serait pas correcte.

« Sans pour autant revendiquer pour le législateur communautaire une compétence générale en matière pénale, la Commission considère que ce dernier est compétent, au titre de l'article 175 CE, pour imposer aux Etats membres l'obligation de prévoir des sanctions pénales en cas d'infraction à la réglementation communautaire en matière de protection de l'environnement, dès lors qu'il estime que c'est un moyen nécessaire pour garantir l'ef-

fectivité de cette réglementation » (C.J.C.E., §§ 18 et 19). Sur cette base, la Commission avait d'ailleurs déposé un projet de directive « relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (10) ».

b) Détournement de procédure par le Conseil

D'autre part, les considérants de la décision-cadre « font ressortir que le choix d'un instrument relevant du titre VI du Traité résulterait de considérations d'opportunité, la proposition de directive n'ayant pas réuni la majorité requise pour son adoption en raison du refus d'une majorité d'Etats membres à reconnaître à la Communauté la compétence nécessaire pour imposer aux Etats membres de prévoir des sanctions pénales en matière d'infractions commises au détriment de l'environnement » (C.J.C.E., § 24).

2. — Les arguments du Conseil

Le Conseil a défendu le bien-fondé de la décision-cadre, en faisant valoir que, « en l'état actuel du droit, la Communauté ne dispose pas de la compétence pour obliger les Etats membres à sanctionner pénalement les comportements visés par la décision-cadre » (C.J.C.E., § 26). C'est ce que confirment les articles 135 et 280 CE, qui réservent l'application du droit pénal national et l'administration de la justice aux Etats membres (11), et le titre VI TUE, qui confère une compétence pénale à l'Union européenne. En l'absence de toute attribution expresse de compétence, « compte tenu de l'importance considérable du droit pénal pour la souveraineté des Etats membres, il ne saurait être admis que cette compétence ait pu être implicitement transférée à la Communauté à l'occasion de l'attribution de compétences matérielles spécifiques, telles que celles exercées au titre de l'article 175 CE » (C.J.C.E., § 27). Le Conseil souligne que la pratique législative communautaire a été conforme à cette interprétation et n'a jamais remis en cause la liberté des Etats membres de choisir entre la voie administrative et la voie pénale (C.J.C.E., § 32).

L'ARRÊT DU 13 SEPTEMBRE 2005

La Cour de justice a entériné la position de la Commission, en considérant que, « en vertu de l'article 47 TUE, aucune des dispositions du Traité CE ne saurait être affectée par une disposition du Traité sur l'Union européenne » (§ 38), et qu'il « incombe à la Cour de veiller à

ce que les actes dont le Conseil prétend qu'ils relèvent dudit titre VI n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du Traité CE attribuent à la Communauté » (§ 39). « Il convient donc de vérifier si les articles 1^{er} à 7 de la décision-cadre n'affectent pas la compétence que détient la Communauté en vertu de l'article 175 CE en ce qu'ils auraient pu, ainsi que le soutient la Commission, être adoptés sur le fondement de cette dernière disposition » (§ 40).

La protection de l'environnement constitue un objectif essentiel et transversal de la Communauté. Dans ce domaine, les articles 174 et 175 CE définissent, respectivement, les objectifs de l'action environnementale communautaire et les procédures à suivre pour les atteindre (§§ 41-43).

« Par ailleurs il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, le choix de la base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte » (§ 45). « En ce qui concerne la finalité de la décision-cadre, il ressort tant de son intitulé que de ses trois premiers considérants que celle-ci poursuit un objectif de protection de l'environnement (12) » (§ 46).

« 47. — Quant à son contenu, la décision-cadre dresse, à son article 2, une liste d'agissements particulièrement graves au détriment de l'environnement que les Etats membres doivent sanctionner pénalement. Il est vrai que les articles 2 à 7 de cette décision comportent une harmonisation partielle des législations pénales des Etats membres, en particulier s'agissant des éléments constitutifs de différentes infractions pénales commises au détriment de l'environnement. Or, en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté.

« 48. — 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 Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement ».

« 51. — Il résulte de ce qui précède que, en raison tant de leur finalité que de leur contenu, les articles 1^{er} à 7 de la décision-cadre ont

(12) Préoccupé « par l'augmentation des infractions au détriment de l'environnement et par leurs effets, qui s'étendent de plus en plus souvent au-delà des frontières des Etats où ces infractions sont commises », le Conseil, après avoir constaté que celles-ci constituent « une menace pour l'environnement » et « un problème commun aux Etats membres », a estimé qu'il est nécessaire « d'y apporter une réponse très ferme » et « de façon concertée afin de protéger l'environnement sur le plan pénal » (décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, J.O.C.E. L 29 du 5 février 2003 p. 55, considérants 1 à 3, repris pas la Cour dans sa décision).

pour objet principal la protection de l'environnement et auraient pu valablement être adoptés sur le fondement de l'article 175 CE.

» 52. — La circonstance que les articles 135 CE et 280, § 4, CE réservent, dans les domaines respectivement de la coopération douanière et de la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de la Communauté, l'application du droit pénal national et l'administration de la justice aux Etats membres n'est pas de nature à remettre en cause cette conclusion. En effet, il ne saurait être déduit de ces dispositions que, dans le cadre de la mise en œuvre de la politique de l'environnement, toute harmonisation pénale, même aussi limitée que celle résultant de la décision-cadre, doit être écartée quand bien même elle serait nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire.

» 53. — Dans ces conditions, la décision-cadre, en empiétant sur les compétences que l'article 175 CE attribue à la Communauté, méconnaît dans son ensemble, en raison de son indivisibilité, l'article 47 UE ».

3 UNE DÉCISION SUJETTE À CONTROVERSE

L'article 47 TUE établit, effectivement, qu'« aucune disposition du présent Traité n'affecte les Traités instituant les Communautés européennes (13) ». Lorsque la Cour affirme sa compétence à juger d'un éventuel empiètement du droit de l'Union sur le droit communautaire, l'existence préalable d'une compétence communautaire représente une condition *sine qua non* de l'établissement d'un constat de violation de l'article 47 TUE. En effet, la décision-cadre adoptée sur la base du titre VI TUE violerait le Traité CE si et seulement si ce dernier prévoyait des compétences communautaires en matière pénale, du moins dans certains domaines (ici l'environnement). La décision étudiée établit, pour la première fois, l'existence d'une telle compétence. Une telle affirmation surprend, sa motivation étant notamment en contradiction avec la jurisprudence précédente.

La décision de la Cour de justice est basée sur la théorie des pouvoirs implicites, admettant « que les institutions sont habilitées à exercer non seulement les pouvoirs qui leur sont attribués, mais aussi ceux qui, sans être expressément mentionnés, leur sont cependant nécessaires pour donner effet utile aux dispositions expresses (14) ».

La Cour reconnaît que la législation pénale ne relève pas des compétences de la Communauté (§ 47), arrêts de la même Cour en appui (15). Cependant, en appliquant pour la première fois

(13) L'article 29 TUE affirme aussi que l'objectif de la protection des citoyens au moyen de la coopération policière et judiciaire en matière pénale sera poursuivie « sans préjudice des compétences de la Communauté européenne ».

(14) S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 158.

(15) C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, *G. Casati*, aff. 203/80, *Rec.*, 1981, p. 2595; arrêt du 16 juin

la théorie des pouvoirs implicites au droit pénal (16), elle soutient que ce constat n'empêche pas le législateur communautaire de prendre des mesures « en relation avec le droit pénal » pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte.

Par cette affirmation, la Cour va à l'encontre non seulement de la lettre, mais aussi de l'esprit des Traités et de la volonté réitérée des Etats membres (pt 1); le respect du principe de légalité s'oppose d'ailleurs, plus généralement, au transfert implicite de compétences en matière pénale (pt 2). La reconnaissance par la Cour d'une compétence pénale communautaire correspond ainsi à un transfert illégitime de souveraineté. Une interprétation coordonnée des Traités aurait dû amener, au contraire, à reconnaître l'inexistence de toute compétence permettant d'imposer des sanctions pénales en matière d'environnement (pt 3).

1. — Une décision *contra legem*

Le pouvoir d'imposer (l'adoption) des sanctions pénales requiert l'attribution d'une compétence pénale spécifique. Or, non seulement le Traité instituant la Communauté européenne ne la prévoit pas et les Etats membres s'y opposent (A), mais elle ne peut être créée par voie jurisprudentielle (B), ni ne peut trouver sa source dans d'autres principes communautaires ou dans la relative flexibilité des Traités (C).

A. — Une compétence réservée

L'inexistence d'une compétence pénale générale communautaire en matière pénale fait l'objet de consensus entre les institutions européennes, et le fait que les Etats restent pleinement souverains en cette matière est généralement admis par la doctrine (17). En effet, « même si, comme conséquence de sa primauté sur le droit interne des Etats membres, le droit communautaire a exercé une influence incontestable sur le droit pénal et la procédure pénale des Etats membres, il est traditionnellement admis que le pénal est exclu des compétences communautaires et demeure du ressort des seuls Etats membres » (18). Pradel et Corstens relèvent que « ni le Traité de Rome

de 1957, ni l'Acte unique de 1986 ne confèrent aux autorités communautaires de compétence pénale et le Traité de Maastricht de 1992 n'apporte aucun changement sur ce point » (19). Ces constats sont confortés à la fois par les textes des Traités et par la volonté des Etats membres.

Il est incontestable que les Etats membres (et tout au moins les onze qui ont soutenu le Conseil dans la controverse à l'étude (20)) ne reconnaissent pas l'existence d'une compétence pénale dans le Traité CE. En créant le troisième pilier et en décidant ainsi de faire entrer cette matière dans la sphère européenne, l'intention politique de ces Etats était non seulement d'éviter la communautarisation de la matière pénale (21), mais aussi de limiter la portée du titre VI du TUE à certains aspects seulement de celle-ci (22).

Ainsi, d'une part, la compétence pénale attribuée à la coopération intergouvernementale par le titre VI TUE est limitée aux domaines indiqués dans l'article 29 TUE et est particulièrement restreinte en ce qui concerne l'harmonisation des incriminations et des peines (23) (article 31, e, TUE). D'autre part, le TUE prévoit expressément la possibilité d'une communautarisation de cette matière (dans les limites indiquées). L'article 42 TUE établit en effet que le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider « que des actions dans les domaines visés à l'article 29 relèveront du titre IV du Traité instituant la Communauté européenne », c'est-à-dire de leur communautarisation (24). De plus, l'article 61 CE, qui prévoit les actions prioritaires à mettre en œuvre « afin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice », se réfère explicitement et uniquement au titre VI TUE en ce qui concerne tant l'harmonisation des législations pénales que la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

C'est, dès lors, à juste titre que le Conseil souligne que la Commission ne peut pas affirmer, en même temps, que les auteurs des Traités ont entendu attribuer de manière *implicite* une compétence pénale à la Communauté et igno-

difficultés et leurs conséquences », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 137. Cfr aussi A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 13 et s.

(19) J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, pp. 21-22. Un avis tout aussi clair est donné par D. Flore (*op. cit.*, p. 6). Cfr aussi F. Tulkens, « La justice pénale en Europe - Rapport introductif », in F. Tulkens, H. Bosly (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 10 : « D'un côté, le Traité sur l'Union européenne (...) inclut la matière pénale au cœur de la construction européenne; d'un autre côté, il en exclut la Communauté elle-même ».

(20) Les Pays-Bas ont cependant exprimé une position ambiguë (cfr C.J.C.E., §§ 36 et 37).

(21) Cfr H. Labayle, « L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale », *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 35-64.

(22) D. Flore, *op. cit.*, pp. 10-11.

(23) Cfr *infra* 3.3.

(24) Cette disposition recommande d'ailleurs que la décision soit adoptée par les Etats membres « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

2006

367

rer qu'ils ont établi, de manière *explicite*, que l'Union européenne possède une certaine compétence, et que celle-ci relève du cadre intergouvernemental (C.J.C.E., § 29).

Plusieurs éléments confirment que la volonté des Etats membres de conserver la maîtrise sur le droit pénal reste ferme (25). D'une part, les membres du Conseil ont systématiquement écarté les tentatives de la Commission d'introduire par directive une obligation d'imposer des sanctions pénales (26), en choisissant toujours de dissocier le volet pénal et de le régler par voie de décision-cadre (27). D'autre part, lors de leur réunion informelle du 12 au 14 janvier 2006, les ministres de la Justice et de l'Intérieur ont réagi à la décision de la Cour de justice en réaffirmant que « toute législation relevant du droit pénal doit être exclusivement adoptée dans le cadre du conseil des ministres de la Justice (28) ». Enfin, le Conseil n'a pas mis en œuvre la procédure prévue par l'article 42 TUE.

Le titre VI TUE représente donc toujours la limite maximale des compétences que les Etats membres ont consenti à attribuer aux instances européennes (29). Par conséquent, et tout particulièrement en matière de droit pénal matériel, seul le Conseil à l'unanimité peut imposer une harmonisation des législations nationales par la création d'infractions et l'imposition de peines, à condition que l'objet de l'incrimination entre dans les domaines indiqués par les articles 29, § 2, et 31, e, TUE (30), et au moyen du seul instrument approprié : la décision-cadre prévue par l'article 34, § 2, b, TUE.

B. — Les frontières de l'interprétation

D'ailleurs, une fois les Traités en vigueur, « les Communautés n'ont pas de compétence-

(25) Sur les réticences des Etats membres à limiter leur souveraineté en matière pénale, *cfr* A. Weyembergh, « Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences », *op. cit.*, pp. 130 et s.

(26) *Cfr* G. de Kerchove, « Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du Traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp. 26-27; J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, pp. 505-506; D. Flore, *op. cit.*, p. 6, qui souligne que la Commission s'est d'ailleurs contredite elle-même en présentant parfois une proposition de décision-cadre dans des domaines dont l'objet (non pénal) pouvait faire l'objet d'une directive.

(27) Même la Commission reconnaît qu'il n'y a pas de précédent en matière d'application de sanctions pénales au service de la politique communautaire (C.J.C.E., § 20).

(28) Conseil justice - affaires intérieures : la présidence souhaiterait réduire les pouvoirs de l'U.E. en droit pénal, *Europolitique*, 10 janvier 2006.

(29) Notons que, au sein de cette compétence, qui porte sur la coopération policière et judiciaire, l'harmonisation des législations nationales représente déjà une exception. H. Labayle (*op. cit.*, p. 41) a par ailleurs remarqué que, dans le cadre du titre VI TUE, les Etats ne font qu'exercer leur propre compétence.

(30) Sur l'articulation entre ces deux dispositions, *cfr* 3.3 *infra*.

compétence, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas définir elles-mêmes les limites de leurs compétences comme un Etat souverain peut le faire. Elles ne sont pas dans la position de pouvoir se confier des tâches qui ne sont pas envisagées dans les Traités et pour lesquelles elles exerceraient à leur gré leurs pouvoirs. Elles n'agissent que dans les domaines que les Etats membres leur ont assignés dans les Traités et dans les limites des pouvoirs qui sont spécifiquement attribués afin de remplir ces tâches (31) ». Si les Communautés ne peuvent pas elles-mêmes se doter de nouvelles compétences, une telle capacité devrait *a fortiori* faire défaut à un organe juridictionnel tel que la Cour de justice.

En effet, selon les traditions juridiques communes à la plupart des Etats membres (d'avant l'élargissement (32)), bien que l'interprétation jurisprudentielle puisse dépasser la lettre d'une disposition pour la comprendre en rapport avec la volonté du législateur et puisse, éventuellement, être extensive ou intégrative, elle ne peut être productrice de droit (33). Cela, d'autant moins en matière pénale, dont le principe fondateur est le principe de légalité, qui implique que « l'interprète de la loi pénale n'est, en aucune façon, un pur créateur (34) », principe qui doit *a fortiori* valoir pour l'attribution de compétences législatives.

C. — Une flexibilité limitée

Certes, en dépit de l'absence de toute compétence en matière pénale, le droit communautaire peut parfois modifier la portée d'une loi pénale nationale (35), par exemple en rendant légitime un comportement incriminé en droit national (36). On peut admettre que la définition et la mise en œuvre de certaines politiques et libertés communautaires ne puissent être entravées par le droit pénal interne (37), dès lors

(31) J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, p. 469.

(32) N'étant pas spécialiste du droit des pays de l'Est, nous ne pouvons pas exclure que les systèmes juridiques de ces derniers reposent sur des principes différents. Il est cependant probable que ces principes ne soient pas encore totalement consolidés, en raison des changements radicaux de régime politique intervenus dans ces pays de manière relativement récente.

(33) F. Antolisei, *op. cit.*, pp. 83 et s. (« la lettre de la loi dans sa capacité d'expansion maximale constitue pour l'interprète une limite infranchissable », *ibidem*, p. 92, nous traduisons). En matière d'incriminations et de peines, même l'Angleterre se rallie à ce principe depuis plusieurs décennies (*cfr* J. A. Jolowicz, *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 1992, p. 409; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2002, p. 100). Dans d'autres domaines que le pénal, l'activité de la Cour de justice des Communautés européennes aurait parfois dépassé cette limite, ce que critique une partie de la doctrine (*cfr* J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, p. 449).

(34) M. Verdussen, *op. cit.*, p. 124.

(35) Effet négatif (J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, pp. 483-486). *Cfr* aussi B. Bouloc, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur - Droit pénal, droit européen*, Paris, Litec, 1992, pp. 106 et s.

(36) *Cfr* par exemple C.J.C.E., arrêt du 23 février 1995, *A. Bordessa e.a.*, aff. C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, 1995, p. I-361.

(37) *Cfr* par exemple C.J.C.E., arrêt du 2 février 1989, *I. W. Cowan contre Trésor public*, aff. 186/87, *Rec.*, 1989, p. 195.

que les normes communautaires ont été adoptées sur la base des compétences existantes. En effet, une telle influence (effet négatif) vise à résoudre un conflit de normes entre droit communautaire et droit national, le premier prévalant sur le second. Il en va différemment si l'on considère que le droit communautaire peut imposer l'adoption de normes pénales en droit interne (effet positif (38)). Il s'agit, dans ce cas, d'une question de compétences : pour ce faire, la Communauté devrait être dotée d'une compétence spécifique en matière pénale.

Cependant, non seulement l'inexistence d'une compétence pénale générale est admise, mais une compétence « accessoire » ne peut pas être inférée des principes régissant les domaines de compétence communautaire (a); par ailleurs, la procédure généralement prévue pour l'élargissement des compétences communautaires n'est pas applicable (b).

a) Des principes non évocables

Selon la Commission, « l'harmonisation des législations pénales nationales, en particulier les éléments constitutifs des infractions commises au détriment de l'environnement et passibles de sanctions pénales, serait conçue comme un outil au service de la politique communautaire en question » visant à rendre effective la relative réglementation (C.J.C.E., § 19). Une telle affirmation repose sur la prise en compte de certains principes relevant du droit communautaire.

Les décisions de la Cour de justice, invoquées par la Commission pour soutenir que le devoir de loyauté et les principes d'effectivité et d'équivalence appuient sa thèse (C.J.C.E., § 20), confirment en effet que la sanction pénale *peut* être utilisée pour assurer l'exécution des obligations découlant des actes des institutions communautaires. En relation à l'article 10 CE (ancien article 5) elles réaffirment cependant, à chaque fois, la liberté de choix de la sanction (administrative ou pénale) dont jouissent les Etats membres (39). Ce faisant, elles précisent en réalité, même seulement de manière implicite, plus la portée du second alinéa de l'article 10 (les Etats « s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent Traité ») que celle du premier (40).

(38) *Cfr* J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, pp. 503-506, qui excluent qu'un règlement ou une directive puissent engendrer un tel effet positif.

(39) C.J.C.E., arrêt du 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV v. Produktschap voor Siegerwassen*, aff. 50-76, *Rec.*, 1977, p. 137, § 33; arrêt du 13 juillet 1990, *J. J. Zwartveld e.a.*, aff. C-2/88 IMM, *Rec.*, 1990, p. I-3365, §§ 17 et s.; arrêt du 8 juillet 1999, *M. A. Nunes, E. de Matos*, aff. C-186/98, *Rec.*, 1999, p. I-4883. Sur la compétence communautaire limitée aux sanctions administratives, *cfr* D. Pichoustre, *op. cit.*, pp. 11-12.

(40) « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté » (article 10, § 1^{er}, CE). *A contrario*, l'affirmation du principe de proportionnalité des mesures répressives nationales, qui vise à préserver la libre circulation des biens et des personnes, confirme la liberté de choix laissée aux Etats membres (*cfr* C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, *G. Casati*, aff. 203/80, *Rec.*, 1981, p. 2595, § 27).

Notons, par ailleurs, que les directives qui, selon la Commission, prévoiraient « l'obligation pour les Etats membres d'instaurer des sanctions de nature nécessairement pénale, même si cette qualification n'a pas été expressément utilisée » (C.J.C.E., § 21) se limitent à imposer l'adoption de « sanctions » (41) ou de « sanctions appropriées », soit « effectives, proportionnées et dissuasives » (42), selon la jurisprudence établie de la Cour (43), qui n'a jamais imposé le recours aux sanctions *pénales* (44). Une telle définition ne suffit d'ailleurs pas en soi à imposer le choix de ces dernières (45). Non seulement les peines sont typiques et doivent être explicitement prévues par la loi (46), mais le fondement de la conception de la sanction pénale comme étant particulièrement effective et dissuasive reste à démontrer (47).

Par ailleurs, la distinction entre les deux types de sanctions n'est pas à réfuter car « métaphysique », comme le soutient l'avocat général en citant les juridictions espagnoles (48),

mais implique des conséquences substantielles, la possibilité d'imposer des peines privatives de liberté n'étant pas la moindre. L'assimilation à la « matière pénale » des sanctions ou mesures administratives « punitives », effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme, l'est aux fins de l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (49). Elle a pour objectif de soumettre les sanctions administratives aux mêmes garanties qui encadrent l'application de sanctions pénales, dans le but de protéger les droits et libertés fondamentales, et certainement pas d'affirmer un principe d'équivalence qui permettrait d'imposer des sanctions pénales là où la loi prévoit l'application de sanctions administratives.

Enfin, le fait de considérer que les sanctions prévues pour la violation du droit communautaire doivent être analogues à celles applicables aux violations du droit national de nature et importance similaires (principe d'équivalence ou d'assimilation), comme le prévoit l'article 280 CE et la Cour de justice, depuis son arrêt du 21 septembre 1989 (50), l'a plus largement affirmé à plusieurs reprises (51), ne relève pas de la même problématique que celle posée par l'arrêt à l'étude. Il ne s'agit pas de revendiquer une compétence communautaire en matière pénale, mais de garantir une égalité de traitement pour des faits similaires et, le cas échéant, d'éviter que la compétence des juridictions nationales ne soit écartée là où le choix pénal a déjà été effectué (de manière tout à fait autonome) par l'Etat membre.

b) L'inapplicabilité de la clause de flexibilité

L'article 5 CE stipule que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité. » L'exception communautaire permet cependant un certain élargissement des compétences communau-

des deux types de sanctions effectuée par les juridictions espagnoles semble cependant viser l'application de garanties similaires.

(49) Cfr l'arrêt *Öztürk c. république fédérale d'Allemagne*, 21 février 1984, série A, n° 73, où « la question se pose de savoir si cette qualification (contravention administrative) est décisive au regard de la Convention » (§ 47). La Cour « réaffirme l'« autonomie » de la notion de « matière pénale » telle que la conçoit l'article 6 » de la Convention (§ 50) et souligne que cette dernière « n'empêche pas les Etats (...) de maintenir une distinction entre différents types d'infractions définis par le droit interne » (§ 49). La différence entre sanctions administratives et pénales est d'ailleurs bien entendue par la Cour, qui affirme que « la Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la « décriminalisation » » (au moyen du remplacement des peines par des sanctions administratives) existant dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (§ 49). La Cour d'arbitrage a d'ailleurs souligné que « le fait qu'une amende administrative doive être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas pour conséquence que cette amende soit de nature pénale au sens de la législation belge » (arrêt n° 127 du 6 décembre 2000, § B.13.5).

(50) C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes c. république hellénique*, aff. 68/88, *Rec.*, 1989, p. 2965.

(51) Notamment dans les décisions citées par la Commission (cfr note 39 *supra*).

taires, en application de l'article 308 CE (52) (ou du principe prétorien de préemption, d'inspiration américaine (53)).

L'article 308 CE introduit une clause de flexibilité du Traité prévoyant que « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ».

Deux éléments font toutefois obstacle au recours à cette disposition pour fonder une compétence communautaire en matière pénale. Le premier est matériel. Si la notion d'objet correspond à celle d'une compétence déjà attribuée, de nouveaux objets — donc de nouvelles compétences — ne peuvent pas être introduits sur la base de cette disposition (54) « sous peine de révision rampante du Traité » (55). Notons que la Commission elle-même a adhéré à cette interprétation, en affirmant que l'article 308 ne permet pas de créer de nouvelles compétences, l'adaptation des compétences devant passer par la révision des Traités (56).

Le second est procédural. Seul le Conseil serait compétent pour décider, à l'unanimité, de cet élargissement; or, en matière pénale, c'est justement le Conseil (ou du moins une partie des Etats membres) qui y est opposé.

Plus encore, la Cour de justice a affirmé que « cette disposition ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des disposi-

(52) Par exemple, le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*J.O.C.E.* L 312 du 23 décembre 1995, p. 1), qui prévoit des sanctions administratives (explicitement indiquées comme telles) pour certaines violations du droit communautaire, a été adopté sur la base de l'ancien article 235 CE, soit de l'article 308 actuel. Notons que ce règlement précise, dans ses considérants, qu'il « s'applique sans préjudice de l'application du droit pénal des Etats membres ».

(53) Cfr M.-F. Labouz, *Droit communautaire européen général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 237 et s. La Cour de justice a admis qu'une compétence partagée entre la Communauté et les Etats membres peut devenir exclusive lorsque la Communauté européenne s'est livrée à un exercice exhaustif de sa compétence (principe de préemption, ou exclusivité d'exercice selon la doctrine). Ce principe ne concerne pas le domaine pénal, puisqu'il suppose qu'une compétence partagée soit établie (ce que nous contestons) et que la Communauté agisse déjà sur la base de cette compétence (ce qui n'est pas le cas).

(54) M.-F. Labouz, *op. cit.*, p. 246, qui cite E. Neframi, « Recherches sur les accords mixtes de la Communauté européenne, aspects communautaires et internationaux », thèse de doctorat, Université de Paris II, 2000, p. 109.

(55) M.-F. Labouz, *op. cit.*, p. 246. L'auteur adhère sur ce point à la thèse de V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, l'Harmattan, 2003.

(56) Communication de la Commission. « Un projet pour l'Union européenne », COM(2002)247 final du 22 mai 2002, p. 22.

tions du Traité, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté. Elle ne saurait en tout cas servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification du Traité échappant à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet » (57). Or, une procédure est expressément prévue par l'article 42 TUE pour la communautarisation (partielle) du droit pénal.

Notons enfin que, bien qu'elle reconnaisse l'absence d'une compétence en matière pénale (sinon « accessoire »), la Cour ne présente aucune explication relative à l'exclusion du recours aux procédures prévues par les articles 308 CE et 42 TUE pour élargir les compétences de la Communauté.

2. — Une décision *ultra vires*

La question de la « base juridique », qui se pose dans l'affaire à l'étude, « fait référence à l'exigence d'une disposition spécifique du Traité pour que l'Union ou la Communauté puisse agir. Cette exigence découle du fait que le transfert de compétences à une organisation internationale constituant une exception au principe de souveraineté de l'Etat, il ne saurait être présumé et doit découler d'une disposition expresse des Traités » (58).

Si J.-P. Jacqué considère, en dépit d'un tel constat, que rien n'interdit à la Communauté de définir les infractions et de prévoir l'obligation d'instaurer des sanctions pénales (59), il nous paraît que l'attribution implicite de pouvoirs à la Communauté doit être exclue en matière pénale, en considération de sa spécificité (A) et de la primauté du principe de légalité (B).

A. — Une compétence spécifique

Au regard du droit communautaire, le droit pénal représente en soi une matière ou un objet de compétence et non pas une simple méthode d'action. Il s'agit d'un domaine politique à part entière, la politique pénale, qui « ne constitue pas une des politiques couvertes par le Traité [CE] » (60). Il est donc impossible de considérer la matière pénale comme une « partie » de la politique environnementale (61) (ou de toute autre politique communautaire d'ailleurs), dès

(57) Avis du 28 mars 1996, « Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2/94, § 4.

(58) J.-P. Jacqué, « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 250 (nous soulignons).

(59) J.-P. Jacqué, *op. cit.*, qui n'explicite cependant pas dans son article les fondements d'une telle compétence. Celle-ci ne peut pas être déduite de la jurisprudence et des actes législatifs cités par l'auteur, dont aucun ne met en cause la liberté de choix des Etats membres.

(60) D. Flore (*op. cit.*, p. 6), qui précise qu'« aucune disposition générale du Traité ne donne au législateur communautaire d'habilitation en la matière ».

(61) Notons que la protection de l'environnement est elle-même déjà intégrée dans les autres politiques communautaires aux termes de l'article 6 CE.

lors qu'il s'agit d'une matière en soi, qui demande l'attribution d'une compétence spécifique en application du principe de légalité (*cfr infra*).

Système juridique caractérisé par ses propres finalités et principes, « il ne nous semble pas possible de douter de l'autonomie du droit pénal, lequel a, par conséquent, caractère non pas complémentaire, mais constitutif et primaire » (62). Le fait que les sanctions pénales soient de plus en plus utilisées pour assurer le respect de dispositions non pénales (ici l'environnement) ne suffit pas pour les transformer en un simple « accessoire » d'autres domaines faisant l'objet d'une compétence communautaire (63). L'existence d'une « compétence instrumentaire » en droit pénal, invoquée par l'avocat général dans ses conclusions (64), serait en contradiction avec les règles et principes qui encadrent le droit pénal dans les systèmes démocratiques, alors même que le respect des principes de l'Etat de droit est affirmé dans le préambule et dans l'article 6, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne. Une vision du droit pénal comme « droit auxiliaire » représente d'ailleurs une conception régressive (65) de cette matière, nous ramenant au début du XIX^e siècle (66).

B. — L'impératif de la légalité

La création du droit pénal — autrement dit l'exercice du droit de punir, participant du monopole de la violence légitime — constitue un pouvoir régalién de l'Etat, caractéristique que des domaines spécifiques, tels que la protection de l'environnement, ne partagent pas. Elle requiert d'autant plus une attribution explicite de compétence qu'elle est soumise au principe de légalité.

Le principe de légalité des incriminations et des peines représente un principe fondateur du droit pénal, qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux

(62) F. Antolisei, *op. cit.*, p. 54 (nous traduisons). *Cfr* en droit belge F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Story Scientia, 1998, pp. 134-140; Cass., 27 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 937. En droit français : F. Alt-Maes, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain », *Rev. sc. crim.*, 1987, pp. 347-378; J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, 1980, pp. 912-941 (« il y a une autonomie du droit pénal, qui, à l'issue d'un siècle de jurisprudence et d'une trentaine d'années de discussions doctrinales, émerge en une règle de droit », *ibidem*, p. 937).

(63) En soulignant que « l'arrêt *Commission contre Conseil* s'inscrit en filigrane de la jurisprudence récente qui donne prééminence aux clauses d'intégration », Pichouste remarque que, dans le cas d'espèce, la politique en matière d'environnement « exerce une force attractive qui rabaisse les autres politiques au rang de politiques accessoires et qui justifie des incursions du législateur communautaire dans des domaines de compétences réservées » (D. Pichouste, *op. cit.*, p. 15).

(64) Conclusions de l'avocat général, précitées (qui se réfère à la doctrine allemande, § 84).

(65) F. Antolisei (*op. cit.*, p. 53) parle à ce propos d'*antica opinione*.

(66) F. Tulkens et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 135 (et même avant cette période : *cfr* J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Seuil, 1977, p. 223 (éd. orig. 1762)).

Etats membres (67). Il constitue un principe général de droit international (68) et fait partie des principes généraux du droit reconnus par la Cour de justice (69). Affirmé par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il relève de l'acquis communautaire que les institutions communautaires (à l'instar des Etats) doivent respecter (70), et expressément l'Union aux termes de l'article 6, § 2, TUE. Il est à tel point fondamental que l'article 15, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme n'autorise aucune dérogation en cas d'état d'urgence.

Le principe de légalité comprend plusieurs volets, dont le premier nous concerne : l'infraction et la peine doivent être créées par une loi. Un tel principe établit une réserve en faveur de la loi nationale (71). Il impose que la loi soit adoptée par l'autorité compétente (le législateur), ce qui suppose que la compétence soit clairement établie. Le principe est donc directement lié à la question de la souveraineté et à celle de la séparation des pouvoirs. On considère, en effet, que « le pouvoir d'imposer des préceptes sanctionnés pénalement (...) est un attribut de la souveraineté » (72). Pour ces raisons, toute limitation de cette compétence en faveur d'une autorité supranationale ne peut qu'être le résultat d'un acte volontaire et explicite des autorités nationales. Il en découle que la

(67) C.J.C.E., 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, C-74/95 et C-129/95, *Rec.*, 1996, p. I-6609, § 25. Le principe de légalité apparaît comme l'un des piliers du droit (P. Traest, « Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel », *R.W.*, 1993-1994, p. 1190), et tout particulièrement du droit pénal (M. Verdussen, *op. cit.*, p. 37).

(68) *Cfr* C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 63 et s. Le seul domaine dans lequel ce principe ne peut être appliqué au sens strict est le droit coutumier. Bassiouni affirme à ce propos qu'« il est donc bien établi que le fondement juridique des crimes internationaux est le droit international et que parmi ses sources, c'est le droit conventionnel qui satisfait le mieux les principes de légalité requis en D.P.I. » (*ibidem*, p. 29). Notons que le droit conventionnel ne lie que les Etats parties à la convention et que leur souveraineté n'est dès lors pas diminuée.

(69) C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, aff. C-74/95 et C-129/95, *Rec.*, 1996, p. I-6609, § 2.

(70) J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, p. 491. C.J.C.E., avis du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2/94, § 6 (« le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires »). C.J.C.E., arrêt du 29 mai 1997, *F. Kremzov c. République d'Autriche*, aff. C-299/95, *Rec.*, 1997, p. I-2629 (« La Convention revêt, à cet égard, une signification particulière. (...) Il en découle que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis », § 14).

(71) M. Verdussen, *op. cit.*, p. 49. *Cfr* dans le même sens, pour l'Italie, F. Antolisei, *op. cit.*, p. 60 et arrêts de la Cour constitutionnelle cités en note 2. Pour la France : *Crim.*, 21 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 235.

(72) F. Antolisei, *op. cit.*, p. 56 (nous traduisons). *Cfr* dans le même sens, M. Verdussen, *op. cit.*, p. 46.

théorie des pouvoirs implicites ne peut être appliquée au droit pénal (73).

Ce principe est généralement interprété, dans les pays de droit continental, dans le sens qu'il « garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue » (74). Même l'Angleterre a progressivement légiféré dans ce domaine, les juges se limitant à appliquer la loi depuis quelques décennies (75).

Représentant la souveraineté populaire, le Parlement est donc, en principe, le seul à pouvoir décider de l'incrimination de certains comportements (76). Entendu ainsi, il faudrait en déduire que le principe de légalité n'est pas entièrement respecté en droit européen, puisque le rapprochement des législations pénales s'effectue au moyen des décisions-cadres, lesquelles sont adoptées par le Conseil (77) — c'est-à-dire par les représentants des pouvoirs exécutifs des Etats membres — sur simple avis consultatif du Parlement européen (article 39, § 1^{er}, TUE).

L'impératif de l'existence d'une loi incriminante suppose cependant la définition préalable de qui est le législateur. Or, le Traité sur l'Union européenne définit le législateur pénal européen en tant que le Conseil statuant à l'unanimité (article 34, § 2, TUE). Si l'on doit s'interroger sur le fondement démocratique d'une telle compétence, on peut néanmoins considérer l'activité législative pénale du Conseil comme formellement légitime, dès lors que sa compétence est expressément attribuée par le Traité, lequel a fait l'objet de ratifications nationales, et que les décisions-cadres peuvent être considérées comme des lois pénales (78). En revanche, le prin-

cipe de légalité est clairement violé lorsqu'on considère que des compétences pénales ont été attribuées de manière implicite aux instances communautaires. Plus encore, dans ce cas, le principe de légalité est atteint dans son fondement même (79). Ce sont en effet les règles régissant la production des normes juridiques qui sont ainsi violées, qui se trouvent au sommet de l'ordre juridique des Etats de droit et dont le respect conditionne la validité des normes inférieures, ou dérivées (80). Notons que ce principe est parmi les plus respectés dans les Etats démocratiques (81).

3. — Une compétence inexistante

Il faut, enfin, relever que le contrôle de légalité de la Cour aurait effectivement dû conduire à annuler la décision-cadre attaquée, mais pour des motifs différents de ceux invoqués.

La Cour affirme que le but et le contenu d'un acte communautaire figurent parmi les éléments permettant de fonder le choix de sa base juridique (C.J.C.E., § 45); que la finalité de la décision-cadre attaquée est la protection de l'environnement (§ 46) et que son contenu comporte une harmonisation des législations pénales des Etats membres (§ 47). Par conséquent, les incriminations « auraient pu valablement être établies sur le fondement de l'article 175 CE » (§ 41). Au contraire, le Conseil soutient que la décision-cadre est légitime, puisqu'elle concerne l'harmonisation du droit pénal aussi bien par sa finalité que par son contenu (§ 34), et complète ainsi le droit communautaire de protection de l'environnement.

L'article 31, e, TUE établit la possibilité d'adopter « des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue » (82).

légalité, en définissant des incriminations complexes et peu claires, en matière de terrorisme par exemple (cfr M. L. Cesoni, « Terrorisme et involutions démocratiques », *Rev. dr. pén. crim.*, février 2002, pp. 141-153).

(79) Dans ce cas, il ne s'agit pas du seul principe de légalité des incriminations et des peines qui est violé, mais du plus fondamental principe de légalité, souassement du droit positif des Etats de droit, qui représente « la norme qui permet de reconnaître comme valides les normes produites dans les formes, aux conditions et par les pouvoirs légalement préétablis » (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 295, nous traduisons).

(80) Cfr H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 224 (2^e éd. orig. 1960); L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 352. Ce dernier auteur souligne que l'une des caractéristiques de l'Etat de droit est cependant d'ajouter, aux conditions formelles de validité établies par les lois fondamentales, des conditions substantielles inhérentes au contenu des normes (pensons au principe d'égalité). Par conséquent, l'on peut distinguer une légalité formelle et une légalité substantielle des normes. Bien que fondamentale, cette problématique sort cependant du champ de notre analyse.

(81) Ferrajoli, *op. cit.*, p. 353. Notons qu'une quinzaine à peine des arrêts pris par la Cour européenne des droits de l'homme de 1999 à 2004 portent sur le principe de légalité.

L'interprétation de cette disposition effectuée par le Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (83) est plus étendue, impliquant que l'harmonisation puisse être imposée dans le champ plus large défini par l'article 29, § 2, TUE et même au-delà (en matière d'environnement ou de nouvelles technologies, notamment). Une telle interprétation semble répondre à des objectifs d'efficacité substantielle, qui caractérisent d'ailleurs plus largement l'évolution actuelle du droit pénal (84). Cependant, une interprétation coordonnée des articles 29 et 31 TUE nous amène à considérer que, en l'état du droit européen, l'harmonisation des incriminations et des peines devrait rester à l'intérieur des frontières établies par l'article 31, e, TUE, c'est-à-dire s'exercer dans un champ plus restreint que celui dans lequel l'on peut adopter les mesures de coopération policière et judiciaire, défini par l'article 29 TUE.

Ces deux dispositions établissent, d'une part, les « matières criminelles » et, d'autre part, les objectifs et les activités faisant l'objet du titre VI TUE. L'article 29, § 2, TUE prend en compte le champ large de la criminalité — organisée ou autre — aux fins de la prévention, et semble indiquer des priorités aux fins de la lutte contre ces phénomènes (85) (« notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude »). Quant aux instruments de prévention et de lutte contre la criminalité, trois formes d'actions sont envisagées : la coopération policière, la coopération judiciaire et le « rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des Etats membres, conformément à l'article 31, point e » (article 29, § 2, dernière phrase, TUE). La règle contenue à l'article 31, point e, TUE limite ainsi la portée de l'article 29, § 2, dernière phrase, qui s'y réfère en tant que cadre du rapprochement législatif (« conformément ») (86).

Notons que l'article 31 TUE prévoit aussi, d'une part, certains types d'objectifs ou d'« actions finalisées » et, d'autre part, un contenu spécifique, comme c'est le cas dans

(82) Notons qu'il s'agit des trois domaines sur lesquels étaient surtout focalisées les préoccupations politiques européennes dans la période précédant l'adoption des Traités d'Amsterdam et de Maastricht (cfr M. L. Cesoni et al., *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles - Une législation sous influence?*, Gand, Academia Press, 2005, notamment chapitre 1^{er} et références bibliographiques). Représentant des priorités partagées, il paraît donc cohérent qu'ils aient circonscrit la portée du transfert des compétences nationales.

(83) Conclusions de la présidence, 16 octobre 1999, 2001/99, § 48.

(84) M. L. Cesoni et al., *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles*, *op. cit.*

(85) L'énumération effectuée par l'article 29 TUE « constitue davantage une orientation politique qu'une extension de compétence » (Ph. Léger (dir.), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000).

(86) Bien qu'elle ne s'exprime pas de manière étayée sur ce point, l'excellente thèse de doctorat d'Anne Weyembergh semble aller dans le sens de notre interprétation. Elle affirme en effet que le (projet de) Traité établissant une Constitution pour l'Europe va plus loin que les matières contenues dans l'article 31, e, TUE (*ibidem*, p. 30), ce que confirme la lecture de l'article III 271 du Traité.

son point *e*. Si les types d'objectifs semblent pouvoir être élargis (87), il en va à notre avis différemment pour ce qui est de la matière pouvant faire l'objet d'une harmonisation législative (88). Une partie de la doctrine soutient que le rapprochement des incriminations et des sanctions pourrait aussi être opéré au travers de l'article 31, *c*, TUE, qui vise à assurer la *compatibilité* des règles applicables dans les Etats membres aux fins de l'amélioration de la coopération judiciaire (89). Sans contester l'ambiguïté de ce dernier libellé, il faut noter que la disposition générale prévoyant le *rapprochement* des règles pénales (article 29, § 2, dernière phrase TUE) renvoie uniquement au point *e* de l'article 31 et que, dès lors, considérer que le point *c* de cet article permet non seulement d'assurer la compatibilité, mais aussi de rapprocher les législations (90), en matière procédurale par exemple (91), relève d'une interprétation étendue. Même en adhérant à une telle interprétation, cependant, l'article 31, *e*, TUE, en tant que fondement spécifique du rapprochement législatif en matière d'infractions et de peines, a valeur de *lex specialis* à l'égard des deux autres dispositions et doit donc prévaloir.

Les deux positions, de la Cour et du Conseil, nous paraissent donc infondées. Il faudrait considérer, plus précisément, que la finalité générale de la décision-cadre est l'harmonisation des lois pénales matérielles, et que le contenu spécifique de celle qui fait l'objet de la décision de la Cour de justice est la protection de l'environnement. Cette matière est incontestablement attribuée à la compétence communautaire. Sauf à considérer que les infractions imposées par la décision-cadre relèvent en tant que telles de la criminalité organisée ou du terrorisme, ce qui n'est pas le cas (92),

il en découle que le Conseil ne disposait pas de la compétence nécessaire pour créer des incriminations en matière d'environnement sur la base du titre VI TUE. Par conséquent, ni la Communauté ni l'Union ne paraissent actuellement avoir compétence pour imposer l'adoption d'infractions et de sanctions pénales en dehors des trois domaines prévus par l'article 31, *e*, TUE (réservés à l'Union). En revanche, la Communauté (et non l'Union) est compétente pour imposer l'adoption de sanctions dans les domaines relevant de sa compétence (tels que l'environnement), mais en laissant aux Etats le libre choix de leur qualité (administrative ou pénale).

DES EFFETS SUBSTANTIELS

Le pouvoir d'intégration des compétences communautaires que la Cour de justice s'est octroyé dans des matières civiles ne saurait pas être admis dans des domaines inhérents aux droits et libertés fondamentales, tels que le droit pénal. Dès lors qu'aucune compétence pénale communautaire n'existe et qu'elle ne peut pas avoir été attribuée de manière implicite et accessoire, et que la seule compétence existant en matière pénale au niveau européen est celle — intergouvernementale et restreinte — prévue par le titre VI du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice ne s'est pas limitée à « clarifier » la répartition des compétences entre droit communautaire et droit de l'Union (93). Nous nous trouvons en présence d'une modification substantielle du Traité instituant la Communauté européenne, effectuée par voie jurisprudentielle, dans une matière particulièrement délicate et constitutive des fondements de la souveraineté nationale.

Si les deux institutions concernées, Commission et Parlement, saluent cet arrêt de principe, nous ne pouvons que regretter le fait que l'arrêt de la Cour de justice porte atteinte à un principe fondamental de la matière pénale tel que le principe de légalité des incriminations et des peines. Plus grave encore est cependant, à notre sens, l'atteinte portée aux Traités. Nous assistons à la négation du principe fondateur de la séparation des pouvoirs, qui interdit au juge d'exercer un pouvoir législatif et est constitutif de la notion d'Etat de droit (94), notion tautologique selon certains (95), mais qui indique que même les institutions de l'Etat

sont soumises au droit, aux fins notamment de la protection des droits et libertés fondamentales (96), et tout particulièrement aux règles de fonctionnement que l'Etat s'est lui-même données. Dans cette acception tout au moins, il nous paraît qu'un tel principe doit s'appliquer aux institutions européennes (97), même si l'ordre juridique communautaire ne constitue pas un Etat de droit mais une « communauté de droit » (98).

Le commissaire Frattini a affirmé que le fait que, actuellement, le Parlement est exclu de la création du droit pénal est l'une « des principales justifications de l'arrêt de la Cour de justice » (99). Le constat que la procédure actuelle de production normative en matière pénale au sein des institutions européennes est en contradiction avec les principes démocratiques (100) ne peut toutefois pas nous amener à approuver la décision de la Cour. Bien que critiquable, une telle anomalie ne peut pas être corrigée par voie jurisprudentielle.

Il ne faut pas confondre les priorités. La volonté de rendre efficaces les normes protectrices d'intérêts communautaires ne peut amener à accepter la violation des principes fondamentaux, pas plus qu'à anticiper par voie prétorienne l'entrée en vigueur d'une disposition du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (101) (l'article III.271, § 2). Pour sortir toute intervention pénale du cadre intergouvernemental, une modification des Traités qui attribue une compétence communautaire est nécessaire. Que ce soit en recourant à l'article 42 TUE pour introduire une compétence limitée aux matières actuellement prévues par l'article 29 TUE, ou par l'introduction d'une compétence pénale spécifique, et éventuellement plus large, dans l'article 3 CE « qui ne vise pas le droit pénal pour l'instant » (102), une volonté unanime des Etats membres est requise (et, même dans le premier cas, dans le respect des règles constitutionnelles nationales, comme le recommande l'article 42 TUE).

Par ailleurs, il faut remarquer que, si l'on adhère à la conception de la Cour, son arrêt a une portée

(87) L'article 31, TUE affirme que « l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres, à : » *faciliter et accélérer* la coopération entre ministères et autorités judiciaires des Etats membres, *faciliter* l'extradition entre Etats membres, *assurer la compatibilité* des règles nécessaires pour améliorer la coopération, *prévenir* les conflits de compétence entre Etats et *adopter des mesures* instaurant des règles minimales en matière d'incriminations et de peines (nous soulignons). Cfr dans le même sens le commentaire des Traités UE et CE de Ph. Léger (*op. cit.*), qui considère que les objectifs fixés par l'article 31 TUE ne sont pas exhaustifs.

(88) Une telle interprétation est aussi confortée par le fait que l'article 29, § 2, TUE se réfère plus largement aux articles 30 à 32 TUE pour ce qui est de la coopération policière et judiciaire, alors qu'il ne se réfère qu'au point *e* de l'article 31 TUE en matière de rapprochement des règles de droit pénal.

(89) S. Claisse et J.-S. Jamart, « L'harmonisation des sanctions », in D. Flore et al., *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, la Charte, 2003, p. 62.

(90) Sur la portée des termes employés (rapprochement, harmonisation, compatibilité...), cfr A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op. cit.*

(91) C'est sur cette base qu'a été notamment adoptée la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (*J.O.C.E. L 190 du 18 juillet 2002*, p. 1).

(92) A l'exception éventuelle du trafic illicite de matières nucléaires, les infractions définies par l'article 2 de la décision-cadre (pollution susceptible de détériorer durablement ou substantiellement le

sol; possession illicite d'espèces animales menacées d'extinction...) ne relèvent pas des trois domaines visés par l'article 31, *e*, TUE.

(93) Question parlementaire du 10 octobre 2005 adressée à la Commission par le groupe socialiste et le groupe des verts. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 *Commission c. Conseil*), COM(2005)583 du 23 novembre 2005.

(94) A. Laquière, « Etat de droit e sovranità nazionale in Francia », in P. Costa, D. Zolo (dir.), *Lo Stato di diritto - Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 184.

(95) M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 15, 1992, pp. 51-63.

(96) A. Laquière, *op. cit.*; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990. La notion d'Etat de droit, tout comme celle anglo-saxonne de *rule of law*, représente « une théorie politico-juridique qui place au premier plan la protection des "droits de l'homme" » (D. Zolo, « Teoria e critica dello Stato di diritto », in P. Costa, D. Zolo (dir.), *Lo Stato di diritto - Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 18).

(97) Le respect des principes de l'Etat de droit est d'ailleurs affirmé dans le préambule et par l'article 6, § 1^{er}, TUE.

(98) Comme la définit la Cour de justice (arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les verts » c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.*, 1986, p. 1357, § 23; arrêt du 13 juillet 1990, *J. J. Zwartveld e.a.*, aff. C-2/88 IMM, *Rec.*, 1990, p. I-3365, § 16). Cfr aussi D. Flore, *op. cit.*, p. 5.

(99) Parlement européen, séance plénière du 30 novembre 2005, précitée.

(100) Cfr, entre autres, F. Tulkens, *op. cit.*; M. L. Cesoni, « Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse », in A. Weyembergh et G. de Kerchove (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2002.

(101) Ce que d'autres semblent prendre à la légère (cfr la conclusion de Pichouste, *op. cit.*, p. 16).

(102) J. Pradel et G. Corstens, *op. cit.*, p. 25.

JURISPRUDENCE

très étendue. La Commission a relevé que le raisonnement de la Cour dépasse le domaine de la décision-cadre annulée. Il s'applique « à toutes les politiques communautaires et libertés dans lesquelles existent des normes contraignantes auxquelles des sanctions pénales devraient être associées pour garantir leur effectivité », ce qu'« il appartiendra à la Commission, dans ses propositions, d'apprécier » (103). Selon certains, cette décision pourrait même « ouvrir la voie vers une harmonisation générale des droits pénaux » (104). Si une telle perspective ne nous paraît pas réaliste à court ou moyen termes, une application extensive de la décision de la Cour, selon les souhaits de la Commission, élargirait considérablement le champ dans lequel l'adoption de sanctions pénales peut être imposée aux Etats membres et en même temps, dans les domaines de compétence communautaire, concentrerait tout pouvoir d'initiative dans les mains de la Commission. Nous avons été plusieurs à souligner l'absence de dessein et le manque de cohérence du noyau de « droit pénal européen » existant (105). Cette confusion ne peut qu'être accrue par un élargissement prétorien des compétences communautaires induisant une double compétence pénale, de la Communauté et de l'Union.

Enfin, il reste à souligner l'impasse institutionnelle créée par l'arrêt de la Cour. En l'absence de recours contre celui-ci, le seul moyen de s'opposer aux principes ainsi établis serait, pour le Conseil, de ne pas les appliquer. Or, la décision-cadre relative à la protection pénale de l'environnement a été annulée. Deux options s'ouvrent. Soit le Conseil suit la décision de la Cour et accepte d'imposer des sanctions pénales par voie de directive (106). Ce faisant, il entérinerait le principe de la compétence communautaire pénale accessoire établi par la Cour, dont il conteste pourtant le fondement. Dans ce cas, il sera par la suite impossible d'en nier l'application à d'autres politiques communautaires. Soit le Conseil décide de ne pas cautionner ce principe et s'oppose à l'adoption d'une directive. Dans ce cas, l'adoption de sanctions pénales en matière d'environnement ne serait imposée d'aucune manière aux Etats membres. Notons que, si cette dernière solution apparaît comme insatisfaisante, elle nous paraît néanmoins représenter la solution correcte au regard du droit européen.

Maria Luisa CESONI

Professeuse à la Faculté de droit,
Université catholique de Louvain

(103) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 *Commission c. Conseil*), COM(2005)583 du 23 novembre 2005, p. 3. La Commission considère ainsi qu'un certain nombre de décisions-cadres ont été adoptées sur une base juridique erronée et propose leur annulation ou leur transformation et intégration dans un instrument communautaire.

(104) D. Pichoustre, *op. cit.*, p. 16.

(105) C'est ce que montre notamment l'ouvrage de Anne Weyembergh (*L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op. cit.*). Cfr aussi M. L. Cesoni, « Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse », *op. cit.*

(106) La directive serait adoptée en codécision avec le Parlement, en application de l'article 251 CE.

I. CAUTIO JUDICATUM SOLVI. — Exemption au profit des réfugiés et des apatrides. — Extension de l'exemption en faveur de la personne postulant le statut de réfugié. — II. RÉFÉRÉ. — Urgence. — Appréciation par le juge d'appel. — Défaut du demandeur. — Incidence. — Rejet de la demande.

Bruxelles (21^e ch.), 20 janvier 2006

Siég. : Ch.-Ph. Vermeylen (prés.), A. Bouché et M. Salmon (cons.).

Plaid. : M^e M. Bobrushkin *loco* F. Motulsky.

(K. c. Etat belge).

I. — *La dispense de fournir caution instituée au profit des réfugiés et des apatrides bénéficie, par extension, aux personnes qui engagent une procédure judiciaire aux fins de se voir reconnaître le statut de réfugié.*

II. — *Siégeant en référé, le juge d'appel apprécie l'urgence au moment où il statue, et non à la date de l'introduction de la demande originaire ou à celle de la décision du premier juge. Lorsque le demandeur originaire fait défaut, le juge d'appel est dans l'impossibilité de vérifier si l'urgence alléguée devant le premier juge reste d'actualité.*

Faits et antécédents de la procédure.

Le premier juge a adéquatement relaté les faits pertinents de la cause.

La cour s'y réfère expressément.

Il suffit de rappeler que M. K. a été rapatrié par les autorités belges en Angola le 29 août 2003 de manière fautive selon lui et qu'il a saisi la juridiction des référés pour entendre condamner l'Etat belge à le ramener sous huis-clos en Belgique sous peine d'astreinte et à l'accueillir dans un centre spécialisé pour mineurs non accompagnés.

Le premier juge a déclaré la demande recevable, mais non fondée.

La procédure d'appel.

Relevant appel de cette décision par requête déposée au greffe le 28 octobre 2003, M. K. poursuit le bénéfice de sa demande originaire.

Le 8 décembre 2005, son conseil écrivait toutefois à la cour : « J'ai bien reçu votre courrier

du 3 novembre m'informant qu'une date d'audience a été fixée dans l'affaire sous rubrique, à savoir le 4 janvier 2006 (...). Je ne pourrai cependant pas y participer.

» M. K. a en effet été expulsé nonobstant l'interdiction du tribunal de première instance quant à ce. A son arrivée, j'ai été avertie par un prêtre qui s'en occupait, du caractère extrêmement préoccupant de sa situation (précarité, isolement, risques pour sa sécurité et son intégrité physique). Les communications étant particulièrement difficiles avec l'Angola, nous n'avons malheureusement pas été en mesure de maintenir un contact. J'ai perdu la trace et demeure à ce jour sans nouvelle, et donc sans instruction (...) ».

L'Etat belge demande à titre principal à la cour de faire droit à son *exceptio judicatum solvi* en condamnant M. K. à fournir une caution de 2.500 EUR et, à titre subsidiaire, de dire l'appel non fondé. Il forme par ailleurs une demande incidente en paiement de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire à hauteur de 2.500 EUR.

L'appel et la demande nouvelle, réguliers en la forme et quant au délai, sont recevables.

Décision de la cour.

Quant à l'exceptio judicatum solvi.

La caution prévue par les articles 851 et 852 du Code judiciaire vise à garantir au défendeur belge le remboursement des frais de justice et des dommages et intérêts auxquels le demandeur étranger pourrait être condamné. Elle peut être sollicitée pour la première fois en degré d'appel.

Les réfugiés et les apatrides sont exemptés de fournir une telle caution en vertu de l'article 16.2 de la Convention de New York approuvée par la loi du 12 mai 1960. Cette exemption n'est pas fondée sur le principe de réciprocité, mais sur le principe du respect des droits de l'homme.

Certes en l'espèce, l'appelant n'a pas acquis le statut de réfugié et se l'est au contraire vu refuser. Mais son action originaire et sa requête d'appel visent précisément à lui permettre de poursuivre la défense de ses intérêts dans le but d'obtenir ce statut et une protection en Belgique en tant que mineur non accompagné.

Exiger de sa part qu'il fournisse préalablement une caution revient *de facto* à l'empêcher de faire valoir ses droits, dès lors qu'il apparaît *prima facie* des éléments soumis à la cour qu'il est dans une situation de précarité telle qu'il ne pourra jamais la consigner.

L'exception est dès lors rejetée et les débats doivent être poursuivis.

Quant à l'urgence.

Le juge des référés statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire (article 584 du Code judiciaire).

2006

373