

## Le mandat d'arrêt européen : remise en cause du mécanisme de la simple remise...

1

### Introduction

1. — Les 15 et 16 octobre 1999, les chefs d'Etats de l'Union européenne se réunissaient à Tampere pour un sommet consacré, pour la première fois de l'histoire de l'Union, exclusivement aux questions de justice et d'affaires intérieures de l'Union (1). Le Traité d'Amsterdam signé en 1997 faisait déjà de la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » un des objectifs majeurs de l'Union européenne. Ce but pouvait être atteint de deux manières : soit grâce à l'harmonisation progressive des législations des Etats membres, soit par le biais de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires (2). Le Conseil européen de Tampere a privilégié la seconde solution en faisant de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires la pierre angulaire du développement de la coopération judiciaire entre les Etats membres (3).

Les 14 et 15 décembre 2001, les chefs d'Etats de l'Union se réunissent à Laeken. Le Conseil européen adopte à cette occasion le texte du mandat d'arrêt européen, salué « comme un instrument majeur pour la coopération judiciaire européenne » (4), et ce, conformément à la proposition de décision-cadre de la Commission européenne du 19 septembre 2001 (5). Le texte a, ensuite, été définitivement entériné par le Conseil européen en date du 13 juin 2002 (6). Entre-temps, il y a eu les terribles attentats du 11 septembre 2001. Pour-il établir un lien direct entre ces événements et dénoncer, comme certains (7), le caractère opportuniste, hâlé, voire liberticide des textes adoptés?

Une telle approche est trop simpliste et il convient, non seulement, d'examiner dans le détail les principales caractéristiques (innovations?) de la proposition de décision-cadre mais également d'analyser le mode de production de la norme juridique et les raisons de ce choix, avant d'approuver se forger une opinion.

(1) G. Vermeulen, « Van Tampere tot Laken, meer veiligheid ten koste van vrijheid en rechtsvaardigheid? », *Panopticon*, 2002, p. 1.

(2) J.-C. Paye, « Poursuivre un crime ou criminaliser une contestation », *Le Monde diplomatique*, févr. 2002, p. 4.

(3) D. Flore, « Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », *J.T.*, 2002, p. 273.

(4) *Ibidem*.

(5) Proposition de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise en cause des Etats membres du 19 septembre 2001 (COM [2001] 522 d final).

(6) Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise en cause des Etats membres, *J.O.C.E.*, 18 juillet 2002, n° L 190, pp. 1-18.

(7) Voy., D. Flore, *op. cit.*, p. 273.

2

### Analyse du mode de production de la norme juridique : la décision-cadre

#### A. — Rappel du cadre juridique existant

2. — Le souci d'harmoniser les procédures d'extradition entre Etats européens ne date pas d'hier. Les autorités politiques européennes s'y emploient depuis bientôt 45 ans.

Ainsi, la première Convention européenne en matière d'extradition fut signée à Paris, le 13 décembre 1957, sous l'égide du Conseil de l'Europe. A ce jour, ce texte, ratifié par trente-quatre pays (8), constitue le droit commun de l'extradition sur le plan européen.

La Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée le 19 juin 1990, a permis à une dizaine d'Etats européens (9) d'harmoniser plus avant les règles en matière d'extradition.

3. — D'autres textes, tout aussi importants, sont toujours « en chantier » (10) : il s'agit d'une part de la Convention européenne sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne du 10 mars 1995 (11) et d'autre part de la Convention établie également sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne du 27 septembre 1996 (12).

(8) Cette Convention a été ratifiée, à ce jour, par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grande Bretagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse, la République tchèque et la Turquie.

(9) Cette Convention fut originellement l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas. Elle s'étend désormais également à l'Espagne, l'Autriche, la Grèce, l'Italie et au Portugal.

(10) Ces Conventions doivent en effet faire l'objet d'un nombre minimum de ratification. Or, à ce jour, la Convention du 10 mars 1995 n'a été signée que par neuf Etats membres et celle du 27 septembre 1996 que par huit Etats membres alors même que son entrée en vigueur est subordonnée à la ratification par les quinze Etats membres de l'Union (voy. A. Masset et A.-S. Massa, « L'extradition », in *Poursuites pénales et extraterritorialité*, La Charte, 2002, p. 214).

(11) *J.O.C.E.*, C078, 10 mars 1995, pp. 2-10.

(12) *J.O.C.E.*, C313, 23 octobre 1996, pp. 12-23.

2003

168

A cette même date, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg appliqueront une retenue (transitoire) à la source avec un partage des recettes selon le ratio 75/25. Bien que le caractère transitoire de cette retenue soit souligné, le Conseil accepte donc l'idée de la coexistence de deux systèmes, et de l'inévitable détournement qui en découle au profit des Etats qui pratiquent la retenue à la source et au détriment de ceux qui mettent en œuvre l'échange automatique d'informations. Une telle coexistence n'a donc pas vocation à durer. C'est la raison pour laquelle le texte insiste également sur le nécessaire passage de ces Etats au droit commun. Cependant l'on retrouve ici la nécessaire dépendance de ce passage à la conclusion des accords avec les pays tiers. Ainsi, le texte du Conseil subordonne-t-il à deux conditions le passage de ces trois Etats membres à l'échange automatique d'informations (76): d'une part la conclusion par le Conseil, statuant à l'unanimité, avec la Suisse, le Liechtenstein, Saint-Marin, Monaco et Andorre, d'un accord prévoyant (a) l'échange d'information sur demande selon le modèle O.C.D.E. et (b) une retenue à la source au taux prévu pour la période correspondante par la directive; d'autre part la constatation par le Conseil, statuant à l'unanimité, que les Etats-Unis ont pris l'engagement de procéder à l'échange d'informations sur demande selon le modèle O.C.D.E.

27. — L'histoire de la directive sur la fiscalité de l'épargne reflète donc de manière particulièrement exemplaire l'interdépendance des problèmes communautaires et de l'attitude des Etats tiers. Cette version de la « mondialisation » est apparue assez nettement lors de l'arrivée sur la scène communautaire de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable. La solution communautaire aux difficultés auxquelles sont confrontés les Etats membres ne pouvait se concevoir indépendamment des travaux menés au sein de l'O.C.D.E. La fiscalité de l'épargne en est une autre illustration. Toutefois, elle prend une dimension supplémentaire dans la mesure où, pour la première fois, l'adoption d'une directive est subordonnée à la conclusion d'accords avec des Etats tiers. Il est vrai que le compromis du 21 janvier 2003 casse ce lien en partie en acceptant que la directive soit adoptée sans préalable. Cependant le système qui sera mis en place ne sera tenable que si effectivement de tels accords sont conclus. La directive ayant déjà renoncé à l'harmonisation des fiscalités, il ne conviendrait pas qu'elle expose la Communauté, par la persistance d'une coexistence de systèmes, au risque de détournement de circuits financiers alors qu'elle prétendait précisément rétablir la « moralité fiscale » de ceux-ci.

Dominique BÉRLIN

Professeur

à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

du système de la directive, sauf à considérer que les accords en question auront été conclus à cette date.

(76) Le texte prévoit qu'« Avant la fin de la première année fiscale suivant l'entrée en vigueur de cet accord, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg cesseront d'appliquer une retenue à la source avec partage des recettes ».

Les préoccupations exprimées à l'occasion de la rédaction de ces textes sont doubles : d'une part faciliter l'application de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, en simplifiant et en améliorant la procédure d'extradition (13), et d'autre part témoigner, par la simplification des dites procédures, de la confiance dans la structure et le fonctionnement des systèmes judiciaires des Etats membres et dans la capacité de chaque Etat membre de garantir un procès équitable (14). Les grandes lignes de ces deux instruments peuvent être brièvement rappelées :

#### La Convention du 10 mars 1995

Celle-ci vise principalement à accélérer la procédure d'extradition lorsque la personne recherchée manifeste son consentement à l'extradition (15). Dans cette hypothèse, les formalités sont réduites à leur plus simple expression et l'on ne parle, à proprement parler, plus d'extradition, mais de remise (16), celle-ci pouvant intervenir grâce à une communication directe entre les autorités judiciaires des pays concernés (17). Enfin, les délais prévus pour cette remise sont extrêmement brefs (18).

Pour le reste, la seule entorse au droit « commun » de l'extradition consiste dans la possibilité pour les Etats membres de renoncer au bénéfice de la règle de la spécialité de l'extradition (19).

#### La Convention du 27 septembre 1996 (20)

Cette Convention amorce une remise en question plus fondamentale du droit de l'extradition puisqu'elle prévoit principalement un abandon du principe de la double incrimination pour les infractions liées au terrorisme dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée (21), la renonciation à invoquer l'exception du caractère politique de telles infractions pour refuser l'extradition (22), la possibilité d'extrader ses nationaux (23), l'abandon du principe de la spécialité de l'extradition (24).

4. — Ces « avancées » n'étaient apparemment pas suffisantes et les chefs d'Etat de l'Union ont donc estimé qu'il convenait de repenser les procédures d'extradition de fond en comble. Ces « réflexions » ont abouti à l'adoption du mandat d'arrêt européen au sommet de Laeken les 14 et 15 décembre 2001.

#### B. — Instrument de la mise en œuvre : la décision-cadre - Analyse du mode de production de la norme.

5. — Il faut donc remonter au sommet européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 pour trouver la première trace du concept à la base de l'adoption du mandat d'arrêt européen, à savoir le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Véritable pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne (25).

Il n'est peut-être pas inutile de revenir un bref instant « aux sources » mêmes du texte adopté à l'époque pour constater le chemin parcouru. L'exposé des motifs de la proposition de décision-cadre présentée par la Commission européenne est, sur ce point, éclairant (26) :

« Aux termes des conclusions du Conseil européen de Tampere, la procédure formelle d'extradition devrait être supprimée entre Etats membres pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive, et remplacée par un simple transfert de personnes, conformément à l'article 6 du T.U.E. Il convient également d'envisager des procédures accélérées d'extradition, sans préjudice du droit à un procès équitable ».

L'on doit constater, plus de trois ans plus tard, un glissement dans les concepts : si la reconnaissance de décisions judiciaires (définitives) semblait mise en avant dans les textes de 1999, aujourd'hui, le mécanisme paraît, avant tout, avoir vocation à s'appliquer aux décisions « présentencielles » (27), qui ne présentent aucun caractère définitif, et bien plus, aucun caractère contradictoire, le mandat d'arrêt étant par définition un acte unilatéral puisqu'il vise un inculqué recherché internationalement et dont l'extradition est envisagée (28).

De prime abord, l'idée est séduisante : l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice commun repose sur la confiance mutuelle dans les systèmes de justice pénale des Etats membres (29). Il découle de ce principe l'idée d'un espace de justice commun dans lequel les décisions de justice (toutes les décisions de justice) circuleraient librement (30). Le choix de l'instrument juridique permettant la réalisation d'un tel objectif retiendra l'atten-

6. — Depuis le Traité d'Amsterdam, l'Union européenne a fixé parmi ses objectifs la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, où les citoyens pourront bénéficier d'un niveau élevé de protection (31).

Le titre VI du T.U.E. instaure dans son ensemble une coopération de type intergouvernemental, axée sur les questions de police et de justice pénale. C'est autour de l'article 34 du Traité d'Amsterdam que s'articule le fonctionnement de toute la coopération policière et judiciaire pénale (32).

7. — La décision-cadre est donc un instrument juridique « taillé sur mesure » en vue de la réalisation de l'objectif fixé par l'article 29 du T.U.E. Elle est juridiquement très proche de la directive de droit communautaire puisqu'elle lie les Etats quant aux résultats à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Toutefois, le Traité d'Amsterdam précise qu'elle ne peut avoir d'effet direct (33). Ceci signifie que, de la même manière que pour les directives du droit communautaire, les parlements nationaux doivent nécessairement intervenir pour donner effet au texte de la décision-cadre, et qu'ils disposent, quant aux moyens à utiliser pour ce faire, d'une marge d'appréciation réelle, mais limitée par l'adéquation aux objectifs fixés (34).

8. — Une des innovations majeures du titre VI du T.U.E. est le droit d'initiative reconnu à la Commission, bien qu'il soit partagé avec les Etats membres (35). Fr. Rouchereau, dans son commentaire des dispositions du Traité de l'Union, met clairement en exergue le bouleversement que cette situation pourrait engendrer :

« La Commission devrait se faire l'instrument de ce nouvel objectif de la coopération policière et judiciaire dans un espace européen unique qui diffère de la conception traditionnelle de la coopération entre Etats membres souverains. La coopération au sein de l'Union pourrait s'en trouver bouleversée dans le sens d'une simplification des procédures fondée sur l'existence d'un espace européen partageant les mêmes valeurs d'Etat de droit, de garantie des droits de l'homme et du justiciable » (36).

Paradoxalement, la Commission se voit reconnaître dans une des matières qui touchent directement aux fondements mêmes de l'Etat de droit et au respect des libertés individuelles, une liberté d'action extrêmement large, lui permettant de faire progresser, voire adopter, des textes en résumant à sa plus simple expression le débat démocratique.

9. — Quelques voix (courageuses) se sont élevées, avant l'adoption définitive du texte de la

(31) Article 29 du Traité d'Amsterdam.

(32) Fr. Rouchereau, « Commentaire article par article des Traités U.E. et C.E. », Helbing & Lichtenhahn, Dalloz et Bruylant, 2000, p. 97.

(33) Article 34, b, *in fine* du Traité d'Amsterdam. Cette disposition vise à éviter la transposition à ce nouvel instrument juridique de la jurisprudence de la C.J.C.E. qui, tout en maintenant le principe de l'absence d'effet direct, a reconnu à des directives, sous certaines conditions, un effet direct (voy., arrêt Fr. Rouchereau, *op. cit.*, p. 100).

(34) D. Flore, *op. cit.*, p. 274.

(35) Fr. Rouchereau, *op. cit.*, p. 98.

(36) Fr. Rouchereau, *op. cit.*, p. 99.

(13) Voy. préambule de la Convention du 10 mars 1995.

(14) Voy. préambule de la Convention du 27 septembre 1996.

(15) Article 2 de la Convention du 10 mars 1995.

(16) Article 3 de la Convention du 10 mars 1995.

(17) Article 10 de la Convention du 10 mars 1995.

(18) Articles 10 et 11 de la Convention du 10 mars 1995.

(19) Article 9 de la Convention du 10 mars 1995.

(20) Pour rappel cette Convention fit l'objet d'une approbation par la Belgique, par une loi d'assentiment du 3 juillet 2000, *M.B.*, 22 sept. 2001 (err., *M.B.*, 23 oct. 2001).

(21) Article 3 de la Convention du 27 septembre 1996.

(22) Article 5 de la Convention du 27 septembre 1996.

(23) Article 7 de la Convention du 27 septembre 1996.

(24) Article 10 de la Convention du 27 septembre 1996.

(25) D. Flore, *op. cit.*, p. 274; G. Vermeulen, *op. cit.*, p. 1.

(26) Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM(2001) 522 final/2, p. 4, n° 4.2, *in fine*.

(27) Voy., en droit belge, H.-D. Bosly et D. Vandermeeersch, *Droit de la procédure pénale*, 2001, p. 639 ainsi que M. Franchimont, A. Jacobs, A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, 1989, p. 304. : « Le mandat d'arrêt peut être défini comme une ordonnance du juge d'instruction, rendue après l'interrogatoire de l'inculpé par ce magistrat, ordonnant son placement dans une maison d'arrêt ».

(28) Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM 2001/0215 (C.N.S.), p. 26.

(30) D. Flore, *op. cit.*, p. 274.

décision-cadre, pour en dénoncer les dérives potentielles.

Ainsi, lors de l'examen de la proposition de la Commission devant la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, une opinion minoritaire a été relayée par deux parlementaires qui soulignaient que la façon dont la décision-cadre avait été adoptée transformait le processus démocratique en parodie (37) et que les prescriptions contenues dans la proposition de la Commission étaient à ce point défectueuses qu'elles ne laissent aux Etats membres aucune liberté de choix, posant la (délicate) question de la conformité de ladite proposition avec l'article 34 du T.U.E. (38).

Des préoccupations similaires ont été exprimées par d'autres parlementaires européens, les 18 décembre 2001 et 8 janvier 2002 (39), lors d'un nouvel examen du texte de la proposition de décision-cadre :

« La facilité avec laquelle on confond la fin et les moyens constitue le danger le plus grave que courent aujourd'hui la démocratie et l'Etat de droit. Le Parlement européen, qui est l'unique organe de l'Union à être élu démocratiquement, est simplement consulté sur la défense de ces principes; son avis n'a aucun poids et il n'est pas rare qu'il soit sollicité *a posteriori*, ce qui donne lieu à une agitation bureaucratique ennuyeuse, inutile et coûteuse.

« S'ils ne s'appuient pas sur des faits concrets, c'est-à-dire des règles de procédures claires, la démocratie et l'Etat de droit sont voués à se transformer en fêtes que l'on agit dans le seul but de défendre le *status quo*, lequel est aujourd'hui représenté par la convergence, voire souvent, la superposition des intérêts de la bureaucratie et de la participation européenne.

« Nous ne sommes pas disposés à sacrifier les principes de l'Etat de droit sur l'autel de la lutte contre le terrorisme dont le principal objectif est d'abattre la démocratie. En revanche, il est certain que seul le renforcement (et non l'affaiblissement) des principes, des règles, des normes et des procédures démocratiques permettra de vaincre le terrorisme et la criminalité.

« C'est pour défendre ces principes que nous avons voté contre ce rapport ».

### C. — Observations critiques

**10.** — On constate donc, à l'analyse du mode de production de la norme juridique, une intervention prédominante du pouvoir exécutif dans les matières de droit pénal et de procédure pénale (40).

Le Conseil est effet investi d'un véritable pouvoir de « légiférer » dans les matières qui touchent au maintien et au développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en adoptant des instruments juridiques (décisions-cadres et décisions) qui ne doivent même plus être ratifiées ou approuvées par les Etats men-

(37) Voy., rapport du Parlement européen, commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 14 novembre 2001, P.E. 310.960, opinion minoritaire, p. 52.

(38) *Ibidem*, p. 53.

(39) Voy., rapport du Parlement européen, commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 9 janvier 2002, P.E. 310.980, opinion minoritaire, p. 8.

(40) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 245.

bres (41). Un tel processus de production de la norme est à la fois antidémocratique et opaque pour le citoyen (42).

**11.** — Le point de vue de la Commission, pour justifier le recours à cet instrument juridique, laisse songeur : seul un souci d'efficacité est mis en avant, vu le succès limité des Conventions élaborées au sein du Conseil de l'Europe, de la coopération politique économique, ou de l'Union européenne, comme en atteste l'état des ratifications (43).

On ne peut toutefois s'empêcher de penser que d'autres considérations ont justifié la rapidité, voire l'empressement avec lesquels le texte a été adopté :

1) Comment, en effet, expliquer que les négociations en vue de l'adoption du texte de la décision-cadre ont été menées tambour battant principalement entre le 11 septembre 2001 et le 7 décembre 2001 (44)?

2) Comment ne pas s'étonner de la précipitation dans laquelle le Parlement européen a été consulté et comment ne pas s'inquiéter de voir à nouveau son rôle confiné à celui d'une chambre d'entêtement (45) alors même que le texte touche à l'exercice des droits fondamentaux des citoyens européens? Le Parlement européen n'a ainsi été consulté qu'à partir du 28 septembre 2001, conformément à l'article 39, § 1<sup>er</sup> du Traité U.E. (46). Par la suite le rythme s'est accéléré puisque la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement s'est réunie les 9, 10 et 15 octobre 2001 et 12 novembre 2001 et son rapport a été déposé le 14 novembre 2001 (47)?

3) Comment enfin faire abstraction de la similitude entre l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et celle relative à la lutte contre le terrorisme (48), lors du sommet de Laeken?

**12.** — Comme on le verra plus loin, la décision-cadre règle d'ores et déjà de nombreux aspects de la nouvelle procédure de remise, et ne laisse aux Etats membres le soin de compléter le texte que sur des points de détail.

Toutefois, la date d'entrée en vigueur des dispositions du mandat d'arrêt européen étant pré-

(41) G. Vermeulen, *op. cit.*, pp. 5-6.

(42) G. Vermeulen, *op. cit.*, p. 5.

(43) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 4.

(44) Ainsi il ressort de l'article de M. D. Flore déjà évoqué à plusieurs reprises, que le Conseil européen s'est penché sur la question du mandat d'arrêt européen, les 16 octobre, 16 novembre, 6 et 7 décembre 2001.

(45) A de rares exceptions près (voy. *supra*, n° 9).

(46) Rapport du Parlement européen du 14 novembre 2001, P.E. 310.960, A5-0397/2001, p. 4.

(47) Après le sommet de Laeken, le Conseil ayant décidé de consulter à nouveau le Parlement, la commission des libertés s'est réunie les 13, 18 décembre 2001 et 8 janvier pour déposer un nouveau rapport le 9 janvier 2002, entérinant la proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen.

(48) Proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du 7 décembre 2001, adoptée définitivement par le Conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002 (décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, J.O.C.E., 22 juin 2002, n° L164, pp. 3-7).

vue au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2004 (49), la transposition du texte de la décision-cadre dans le droit national de chaque Etat membre de l'Union représente un enjeu d'importance. Il est d'ailleurs légitime de s'interroger quant à savoir si les Etats membres seront en mesure de respecter ces délais, voire quant aux conséquences (sanctions?) qui découleraient d'une non transposition.

## 3

### Caractéristiques du mandat d'arrêt européen

#### A. — Présentation générale : le mécanisme de la simple remise

**13.** — Le principe à la base du mandat d'arrêt européen est relativement aisé à comprendre : lorsque l'autorité judiciaire d'un Etat membre demande la remise d'une personne, soit en vertu d'une condamnation définitive, soit parce que cette personne fait l'objet de poursuites pénales, sa décision doit être reconnue et exécutée automatiquement sur tout le territoire de l'Union (50). Sur le plan technique, le vocabulaire change : on ne parle plus d'extradition mais de « remise » d'une personne recherchée par « l'Etat d'exécution » à la demande de « l'Etat d'émission » du mandat d'arrêt.

Du point de vue de l'Etat d'exécution la procédure comporte deux phases : d'une part, la décision sur l'exécution du mandat d'arrêt européen et, d'autre part, la remise de la personne aux autorités judiciaires de l'Etat d'émission.

#### B. — Le champ d'application Suppression de l'exigence de la double incrimination

**14.** — Le champ d'application du texte proposé (51) est vaste :

— D'une part le paragraphe 2 de l'article 2 de la proposition de décision-cadre énumère une liste de trente-deux infractions (52) donnant

(49) Article 34 de la décision-cadre.

(50) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 5 (pt 4.5., n° 3).

(51) Article 2 de la décision-cadre.

(52) Ces trente-deux infractions sont : la participation à une organisation criminelle; le terrorisme; la traite des êtres humains; l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie; le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes; le trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs; la corruption; la fraude; le blanchiment du produit du crime; le faux-monnayage et la contrefaçon de l'euro; la cybercriminalité; les crimes contre l'environnement; l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers; l'homicide volontaire; les coups et blessures graves; le trafic illicite d'organes et de tissus humains; l'enlèvement; la séquestration et la prise d'otage; le trafic illicite de biens culturels; l'escroquerie; le racket et l'extorsion de fonds; la contrefaçon et le piratage de produits; la falsification de moyens de paiement; le trafic illicite de substances hormonales; le trafic illicite de matières nucléaires et radioactives; le trafic de véhicules volés; le vol; l'incendie volontaire; les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale; le détournement

lieu à la remise sans qu'il y ait examen de la condition de la double incrimination par les autorités judiciaires de l'Etat d'exécution, mais pour autant que le seuil de gravité de la peine privative de liberté fixé à trois ans soit atteint dans la législation de l'Etat d'émission (53). Il n'est toutefois pas question de suppression de la double incrimination, mais d'absence de contrôle de la double incrimination du fait (54). L'idée est que les faits contenus dans cette liste sont des domaines prioritaires de l'harmonisation sur le plan de l'Union européenne ou visent des infractions essentielles de droit pénal de tous les Etats membres de sorte que la question de la double incrimination risque peu de s'y poser (55). Or les infractions énumérées à l'article 2, § 2 n'ont pas été qualifiées pénalement mais définies de manière générale (56), voire floue. Des difficultés sont à craindre lorsqu'il s'agira de vérifier si un fait à la base d'une demande de mandat d'arrêt européen est un de ceux prévus par la liste. Quelques exemples conviendront : comment appréhender des notions telles la participation à une organisation criminelle, la cybercriminalité, le *racket*, le sabotage...

— D'autre part, pour toutes les autres infractions non prévues à la liste de l'article 2, § 2, un mandat d'arrêt européen ne peut être émis que si les faits en cause sont punissables d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'au moins douze mois, ou lorsqu'une condamnation est intervenue ou une mesure de sûreté a été infligée, si les sanctions prononcées atteignent une durée d'au moins quatre mois (57). Dans ces cas de figure, il y a maintien d'une condition de double incrimination facultative, dont l'appréciation est laissée à l'autorité judiciaire d'exécution (58).

15. — Le changement de cap est donc radical : jusqu'alors, la condition de double incrimination était érigée en principe cardinal par les différents instruments internationaux relatifs à la matière de l'extradition (59). Des difficultés d'application ne sont pas à exclure puisqu'il suffira que les faits constituent un délit dans le pays qui demande la remise de l'intéressé pour que la personne recherchée soit remise. L'appartenance de ressortissants kurdes au PKK (60) ou le simple fait d'avoir participé à des manifestations contre la mondialisation libérale (61) pourront-ils justifier un jour, sans la

moindre discussion, une décision de remise d'une personne recherchée aux autorités judiciaires d'un Etat européen tiers?

### C. — La procédure devient essentiellement judiciaire

16. — Une préoccupation majeure ressort clairement de la proposition de décision-cadre : simplifier la procédure d'extradition qui présente actuellement un caractère hybride puisqu'elle nécessite à la fois l'intervention du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. Désormais, la procédure sera exclusivement judiciaire (62).

Le texte adopté par le Conseil lors du sommet de Laeken, présente une innovation majeure : là où, précédemment dans les procédures classiques d'extradition, le pouvoir de décision appartenait *in fine* au gouvernement, la procédure est mise en place dans le cadre du mandat d'arrêt européen nettement essentiellement en présence des autorités judiciaires de deux Etats membres (63). Ce n'est plus l'exécutif qui décide d'extrader, mais c'est l'autorité judiciaire d'exécution qui décide de remettre la personne en exécution du mandat d'arrêt européen (64). Il y a donc une modification substantielle de la procédure et de la nature de celle-ci. La phase politique et administrative caractéristique de l'extradition est supprimée (65).

17. — La prééminence de l'intervention judiciaire ne suffisait toutefois pas à garantir la rapidité et l'efficacité des procédures (66). Des délais ont donc été prévus à chaque stade de la procédure :

— En ce qui concerne la décision des autorités judiciaires d'exécuter le mandat d'arrêt européen. Soit la personne recherchée consent à sa remise. La décision de l'autorité judiciaire d'exécution doit intervenir dans un délai de soixante jours à dater de l'arrestation (68).

Ces délais peuvent être prolongés de trente jours lorsque le mandat d'arrêt ne peut être exécuté dans les délais prévus et pour autant que l'autorité judiciaire d'émission en soit avertie immédiatement (69).

Aucune sanction n'accompagne le non-respect de ces délais (70). En outre, les délais ainsi définis semblent exclure l'exercice éventuel de voies de recours. En effet, la décision-cadre n'évoque à aucun moment la possibilité pour la

personne recherchée de relever appel de la décision d'exécuter le mandat d'arrêt européen.

— En ce qui concerne la remise de la personne. Une fois la décision d'exécuter le mandat d'arrêt européen prise, la remise effective de la personne recherchée doit intervenir au maximum dans les dix jours de cette décision (71). Ce délai peut être reporté de dix jours au maximum, en cas de force majeure (impossibilité de remettre la personne recherchée dans le délai de dix jours initial) (72).

Le non-respect des délais ainsi prévu est sanctionné par la remise en liberté de la personne recherchée, si elle se trouve toujours en détention à ce moment (73).

18. — Une autre innovation majeure retiendra l'attention, sur le plan procédural : l'autorité judiciaire d'exécution a compétence pour décider de la remise en liberté provisoire de la personne recherchée « à tout moment » de la procédure (74). Il s'agit là d'une garantie importante liée à l'intervention du pouvoir judiciaire (75) et qui est inexistante, dans la procédure d'extradition actuelle, à partir du moment où la demande d'extradition entre dans la phase administrative (76).

### D. — Limitation des cas de refus

19. — Parmi les autres caractéristiques du nouvel instrument, l'on peut mettre en exergue la volonté affichée de limiter les cas de refus d'exécution du mandat d'arrêt afin, à nouveau, de simplifier et d'accélérer au maximum la procédure (77).

Ceci se traduit par un « allègement » des conditions de fond auxquelles le mandat d'arrêt doit répondre : le principe de la double incrimination est supprimé, de même que le principe de la spécialité (78).

L'abandon du principe de la double incrimination a déjà été commenté ci-dessus (79).

20. — En ce qui concerne le principe de la spécialité, l'article 27 de la décision-cadre prévoit, au paragraphe 2, qu'une personne ne peut, après sa remise, être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise antérieurement à sa remise autre que celle ayant motivé cette dernière.

Toutefois, le principe de la spécialité de l'extradition ainsi rappelé est battu en brèche, au point de rendre cette protection toute relative (80). D'une part l'article 27, § 3, de la décision-cadre énumère sept hypothèses (81) dans

d'arrestation ou de sabotage. Cette liste pourra être complétée par le Conseil lui-même, à l'unanimité et après consultation du Parlement européen.

(53) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 245.

(54) D. Flore, *op. cit.*, p. 276.

(55) D. Flore, *ibidem*.

(56) D. Flore, *ibidem*.

(57) Article 2, § 1<sup>er</sup>, de la décision-cadre.

(58) D. Flore, *op. cit.*, p. 276.

(59) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 245.

(60) Voy., J. Fernon, « Ben Laden arrêté grâce au mandat d'arrêt européen », *Journ. procéd.*, n° 422, p. 13 : « Serons-nous prêts demain à transférer sans la moindre discussion des militants kurdes contre lesquels un mandat d'arrêt international serait lancé par les autorités allemandes sur la base de l'appartenance au PKK, organisation interdite en République fédérale allemande ? ».

(61) Voy. l'appel commun Attac/ Syndicat de la magistrature contre le renforcement de l'appareil répressif en Europe, <http://www.syndicat-magistrature.org/article/107.html> : « Les manifestations contre la mondialisation libérale seront-elles demain considérées comme des actes terroristes parce qu'elles vi-

sent clairement à menacer les structures économiques de l'Europe ultralibérale proposant un autre modèle de développement ? ».

(62) D. Flore, *op. cit.*, p. 275.

(63) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 246.

(64) D. Flore, *op. cit.*, p. 275.

(65) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 9 (pt 4.5).

(66) Comme le souligne D. Flore (D. Flore, *op. cit.*, p. 275) : « c'est souvent la phase judiciaire de la procédure d'extradition qui prend actuellement le plus de temps dans l'ensemble de la procédure ».

(67) Article 17.2 de la décision-cadre.

(68) Article 17.3 de la décision-cadre.

(69) Article 17.4 de la décision-cadre.

(70) D. Flore, *op. cit.*, p. 275.

(71) Article 23.2 de la décision-cadre.

(72) Article 23.3 de la décision-cadre.

(73) Article 23.5 de la décision-cadre.

(74) Article 12 de la décision-cadre.

(75) Voy. en ce sens, D. Flore, *op. cit.*, p. 276.

(76) Soit, en droit belge, à partir du moment où l'exequatur du mandat d'arrêt est intervenu devant la chambre du conseil.

(77) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 6 (pt 4.5, n° 6).

(78) *Ibidem*.

(79) Voy. *supra*, pts 14 et 15.

(80) D. Flore, *op. cit.*, p. 280.

(81) L'article 27, § 3, vise les cas suivants : la personne recherchée n'a pas quitté le territoire de l'Etat auquel elle a été remise dans les quarante-cinq jours suivant son élargissement définitif alors qu'elle a eu



lesquelles ce principe ne s'applique pas (82). D'autre part, l'article 27, § 1<sup>er</sup>, de la décision-cadre prévoit que chaque Etat a la possibilité de notifier que le consentement par lequel une personne renonce au principe de la spécialité est réputé avoir été donné, sauf à l'autorité judiciaire d'en décider autrement dans un cas particulier (83).

21. — Pour le surplus, les motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen sont énumérés aux articles 3 et 4 de la décision-cadre. Toutefois seuls constituent des motifs de refus obligatoires : l'amnistie, la minorité pénale et l'existence d'une décision définitive rendue par un Etat membre de l'Union européenne pour les mêmes faits.

Tous les autres motifs de refus d'exécution sont facultatifs, en ce compris la prescription de l'action publique ou de la peine dans l'Etat d'exécution.

Ceci pose la question de l'effectivité des garanties ainsi prévues. Tout dépendra de l'autonomie et de l'indépendance dont les autorités judiciaires de chaque Etat membre feront preuve dans l'accomplissement de leur mission. Malheureusement, il est à craindre que les motifs de non-exécution facultatifs restent autant de déclarations de (bonnes) intentions sans lendemain...

#### E. — Non-extradition des nationaux : abandon du principe

22. — Une dernière caractéristique du mandat d'arrêt européen retiendra l'attention : le mandat de la citoyenneté européenne. L'exception faite au profit des nationaux ne devrait dès lors plus avoir lieu d'être (84).

Il se déduit en effet de la lecture des articles 4, 6<sup>o</sup> et 5, 3<sup>o</sup>, de la décision-cadre que la remise par un Etat membre d'un ressortissant national est envisageable.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

— Lorsque le mandat d'arrêt européen est délivré aux fins d'exécution d'une peine ou mesure de sûreté, les autorités judiciaires de l'Etat

la possibilité de le faire, poursuite pour une infraction qui n'est pas punie d'une mesure privative de liberté; la procédure pénale ne donne pas lieu à l'application d'une mesure restreignant la liberté individuelle; la personne recherchée encourt une peine ou une mesure non privative de liberté, notamment une peine pécuniaire ou une mesure qui en tient lieu, même si cette peine ou mesure est susceptible de restreindre la liberté individuelle; la personne recherchée a consenti à sa remise en renonçant au bénéfice de la spécialité (article 13 de la décision-cadre); la personne recherchée a expressément renoncé, après sa remise, à bénéficier de la règle de la spécialité pour des faits spécifiques antérieurs à sa remise; l'autorité judiciaire d'exécution qui a remis la personne donne son consentement conformément au paragraphe 4 (de l'article 27 de la décision-cadre).

(82) Il s'agit en fait des exceptions déjà prévues par des instruments antérieurs, et en particulier l'article 11 de la Convention européenne de 1996; voy., D. Flore, *op. cit.*, p. 280 (et note 35) ainsi que A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 246.

(83) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 246.

(84) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 6. (pt 4.5., n<sup>o</sup> 5).

d'exécution peuvent refuser de procéder à la remise de la personne lorsque celle-ci est une ressortissante ou réside sur son territoire et dans la mesure où l'Etat d'exécution s'engage à exécuter lui-même cette peine ou mesure de sûreté (85). Il s'agit alors d'un motif de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen (86).

— Lorsque le mandat d'arrêt européen est délivré aux fins de poursuite, l'Etat d'exécution a la faculté de subordonner la remise de son ressortissant ou résident sur son territoire, à la condition que la personne soit renvoyée dans l'Etat d'exécution pour y subir la peine ou la mesure de sûreté qui serait prononcée à son encontre dans l'Etat d'émission (87). Il ne s'agit plus d'une cause de refus mais d'une garantie à fournir par l'Etat d'émission (88).

23. — Cette évolution doit être comprise comme la conséquence normale de la mise en œuvre de deux principes de l'Union européenne, à savoir celui de la libre circulation des personnes, d'une part, et celui d'un espace de justice commun, d'autre part (89). Il convient en effet de rappeler que la raison principale expliquant l'existence du principe de non-extradition des nationaux réside dans la méfiance qu'ont les Etats envers les systèmes juridiques concurrents (90). A partir du moment où le principe de reconnaissance mutuelle basé sur une confiance mutuelle accrue est la véritable pierre angulaire du développement de la coopération judiciaire entre les Etats membres (91), une telle évolution est inéluctable.

#### F. — Observations critiques

##### 1. — Rôle accru du pouvoir judiciaire?

24. — Sur le plan des principes, nul ne s'en plaindra. Cependant, le recours au pouvoir judiciaire n'a de sens que s'il est en mesure d'offrir aux justiciables les garanties qu'il est en droit d'attendre, que si le contrôle qu'il exerce sur les procédures est effectif. L'examen des textes oblige à tempérer l'enthousiasme.

Ainsi l'autorité judiciaire d'exécution n'est nulle part définie dans la proposition de décision-cadre. Celle-ci est désignée conformément à la législation interne des Etats membres (92). Le texte ne précise pas les caractéristiques que doit présenter cette autorité. Il ne semble même pas acquis aux yeux de tous que l'autorité judiciaire ainsi non définie doive être nécessairement une juridiction présentant les garanties prévues notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'un recours doive pouvoir être exercé contre les décisions de cette instance (93)!

(85) Article 4, 6<sup>o</sup> de la décision-cadre.

(86) D. Flore, *op. cit.*, p. 277.

(87) Article 5, 3<sup>o</sup>, de la décision-cadre.

(88) D. Flore, *op. cit.*, p. 277.

(89) *Ibidem*.

(90) A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, p. 221;

A. Winants, « De uitlevering : verleden, heden en toekomst en Schengenperspectie », in *Strafrecht, wie is er bang van het strafrecht?*, 1998, p. 392.

(91) D. Flore, *op. cit.*, p. 273.

(92) Proposition de décision-cadre du 25 septembre 2001, exposé des motifs, COM (2001) 522 final/2, p. 8, *in fine*.

(93) D. Flore, *op. cit.*, p. 275 : « Il pourrait s'agir d'un procureur, d'un magistrat instructeur, comme

#### 2. — Etendue du contrôle confié au pouvoir judiciaire

25. — Investir une autorité judiciaire d'une mission plus étendue est une chose mais il faut encore que la tâche qu'on lui confie ne soit pas vidée de sa substance, ce qui malheureusement, semble être le cas...

Sur quels éléments les autorités judiciaires vont-elles exercer un contrôle : le principe de double incrimination, celui de la spécialité, les motifs de non-exécution facultatifs?

Les vérifications ne risquent-elles pas de se limiter à examiner si les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen est sollicité correspondent à une des trente-deux infractions énumérées à l'article 2 de la décision-cadre, ainsi qu'à s'assurer de l'absence des trois motifs de non-exécution obligatoire (94)?

26. — On peut également s'interroger sur les moyens dont les autorités judiciaires disposent pour exercer ce contrôle. Sur la base de quelles pièces seront-elles amenées à se prononcer? La décision-cadre prévoit le contenu et les formes que le mandat d'arrêt européen devra revêtir (95). Un formulaire standard a déjà été établi. C'est un euphémisme d'écrire que les informations qu'il contient sont succinctes. Une fois le formulaire complété, celui-ci sera-t-il considéré comme suffisant?

Si cela ne pose aucun problème en ce qui concerne une décision définitive (l'exercice des droits de la défense étant, par hypothèse, prévu devant les juridictions de fond de tout Etat membre de l'Union européenne adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme) il n'en va pas de même pour un mandat d'arrêt. Là un contrôle plus poussé est nécessaire car le risque d'arbitraire est plus important. En droit interne, un contrôle immédiat du titre de détention est organisé. Pourquoi ne pas prévoir cette exigence pour le mandat d'arrêt européen?

Dans le même ordre d'idée, ne pourrait-on imaginer, pour donner sa pleine mesure au principe de « la libre circulation des décisions judiciaires pénales, tant présentielles que définitives » (96), de prévoir la libre circulation des dossiers répressifs, permettant ainsi le libre exercice des droits de la défense?

A quoi bon dès lors de saluer comme une innovation majeure « l'inscription de la remise dans la procédure pénale, avec toutes les garanties qui y sont liées » (97)? Une chose est d'affirmer l'importance de l'intervention du pouvoir judiciaire, une autre est d'examiner

RECHERCHE DOCUMENTAIRE

le juge d'instruction, ou d'une juridiction. Le texte est également muet sur le fait de savoir si l'autorité statue en première et dernière instance ou si des recours contre cette décision sont à prévoir ».

(94) Le contrôle du pouvoir judiciaire s'apparenterait dès lors, *mutatis mutandis*, à ce que l'on rencontre déjà dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et celui de la Cour pénale internationale; voy. sur cette question A. Masset et A.-S. Massa, *op. cit.*, pp. 234-239.

(95) Article 8 de la décision-cadre.

(96) Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *J.O.C.E.*, 18 juill. 2002, n<sup>o</sup> L190, p. 1, considérant n<sup>o</sup> 5.

(97) D. Flore, *op. cit.*, p. 276.

concrètement la consistance du contrôle exercé.

27. — L'inquiétude grandit encore quant à la volonté de confier au pouvoir judiciaire les moyens d'exercer un véritable contrôle lorsque l'on lit le compte rendu de la réunion du Coreper du 4 décembre 2001. Aux délégations de quatre pays membres qui souhaitaient introduire un huitième motif de non-exécution facultative lié à la contrariété aux principes fondamentaux de l'Etat d'exécution, il a été répondu de reconsidérer leur position compte tenu notamment du principe de reconnaissance mutuelle qui s'accommode mal d'une multiplication des contrôles dans l'Etat d'exécution (98)...

### 3. — Plaidoyer pour une unification des procédures pénales sur la base de l'exigence la plus forte

28. — Si le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres de l'Union européenne (99), cela doit nécessairement se traduire par une exigence élevée quant au respect des droits de défense. Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ne justifie-t-il pas plutôt que de démembrer les marges garanties entourant les procédures d'extradition de consoler celles (en particulier le principe de la spécialité et de la double incrimination) qui constituent le meilleur rempart contre tout risque d'utilisation abusive de procédures simplifiées aux fins de poursuivre des infractions dans des conditions qui seraient incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (100)? Puisque les mêmes garanties existent dans tous les pays de l'Union européenne, c'est sur la base de l'exigence la plus forte, et non la plus faible, qu'il faut tendre vers l'unification des procédures pénales.

« La création d'un espace de liberté, sécurité, justice »... Tel est l'un des objectifs majeurs de l'Union européenne. Dans le triptyque « Liberté, sécurité, justice », la justice ne peut être que la résultante des deux premières valeurs. A la suite des attentats du 11 septembre 2001, la tentation est grande de renforcer le pôle sécuritaire. Ce faisant, on semble oublier qu'on porte nécessairement atteinte aux libertés individuelles ainsi qu'aux garanties fondamentales dont doit pouvoir bénéficier tout justiciable alors que celles-ci ne sont nullement en cause dans les raisons qui justifient la réaction sécuritaire.

Pierre MONVILLE  
Assistant à l'Université de Liège  
Avocat au barreau de Bruxelles

(98) Note du Coreper au Conseil du 4 décembre 2001, COM (2001) 522 final/2, doc. 14867/01 CO-PEN 79 CATS 50, p. 3.

(99) Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *J.O.C.E.*, 18 juill. 2002, n° L190, p. 2, considérant n° 10.

(100) Certains dénoncent, non sans raison, les risques d'une utilisation à des fins politiques de certaines lois pénales, notamment dans le cadre de conflits sociaux, voy., J. Fermon, *op. cit.*, p. 13.

## Droit fiscal

(1<sup>er</sup> mars 2002 - 1<sup>er</sup> mars 2003)

### 1

#### Libre circulation des personnes

Trois arrêts ont marqué la période sous revue. Ils ont en commun de rejeter l'invocation incantatoire, par les Etats membres, de la nécessité de sauvegarder la cohérence de leur système fiscal, en tant qu'argument susceptible de sauver telle ou telle disposition de leur législation mise en cause devant le juge européen. C'est cependant un arrêt rendu en matière de libre prestation de services, et examiné plus loin [section 2], qui constitue la réfutation la plus significative de la fameuse doctrine *Bachmann*.

Dans l'affaire *de Groot* (1), était en cause, pour le calcul de l'impôt sur les revenus d'un résident ayant également perçu des rémunérations dans d'autres Etats membres, la prétention des Pays-Bas de limiter les avantages fiscaux liés à la situation personnelle du contribuable, en proportion de la fraction du revenu mondial de ce dernier qui, compte tenu des conventions préventives de la double imposition, demeurerait imposable aux Pays-Bas. Dans la mesure où la situation personnelle du contribuable n'a pas été prise en compte à due proportion par les autres Etats d'emploi, le régime néerlandais constitue, aux yeux de la Cour, une entrave à la libre circulation du travailleur. Sa situation fiscale est en effet moins favorable que celle dont il aurait bénéficié s'il avait perçu l'ensemble de ses revenus aux Pays-Bas.

Cette entrave ne peut pas être justifiée par l'avantage de progressivité retiré par l'intéressé du fait de la perception de rémunérations dans plusieurs Etats. En effet, « un traitement fiscal défavorable contraire à une liberté fondamentale ne saurait être justifié par l'existence d'autres avantages fiscaux, à supposer même que de tels avantages existent ».

Dans l'arrêt *de Groot*, la Cour rejette non seulement l'argument de la « cohérence fiscale », mais aussi le vain recours à la théorie des entraves qui découleraient inéluctablement de la disparité des systèmes fiscaux nationaux (2). Cette disparité ne saurait en effet justifier la mise sur pied délibérée, par les Etats membres, de modalités législatives s'appliquant spécifiquement, à leur détriment, aux personnes qui ont exercé leur droit à la libre circulation.

L'arrêt *de Groot* constitue une synthèse de la doctrine prétorienne en matière d'imposition des travailleurs et des indépendants recueillant des revenus dans plusieurs Etats membres. La Cour semble exiger que les dispositions prises unilatéralement, bilatéralement ou multilatéralement par l'Etat de la résidence et l'Etat de la source assurent, « au total » (considérant 101),

(1) C-385/00, *de Groot*, arrêt 12 déc. 2002.

(2) Théorie rendue populaire parmi les trésors nationaux à la suite de l'affaire C-336/96, *Gilby*, arrêt 12 mai 1998.

un régime conforme aux exigences du Traité en matière de libre circulation. Aux Etats concernés à prendre les initiatives adéquates, à peine de quoi la Cour se réserve le droit de censurer les entraves créées aussi bien par l'Etat de la source que par l'Etat de la résidence, fussent-elles prises de commun accord par le biais d'une convention préventive de la double imposition.

Dans l'affaire *Lankhorst-Hohorst* (3), qui intéresse quant à elle le droit d'établissement, l'argument de la « cohérence fiscale » était également avancé, quoique plus mollement. Etait en cause le régime allemand de qualification d'intérêts en dividendes en cas de sous-capitalisation : le régime était plus sévère lorsque le prêteur était un actionnaire *non-résident*. Par ce biais, le fisc allemand entendait lutter contre la perte nette de recettes budgétaires qu'implique le paiement d'intérêts à un prêteur étranger. En effet, les intérêts, au contraire des dividendes, sont *a priori* déductibles dans le chef du débiteur et imposables dans le chef du créancier. Si ces personnes sont toutes deux résidentes, le paiement d'intérêts de l'une à l'autre ne représente en principe qu'un transfert d'obligations fiscales entre deux contribuables pareillement soumis à l'impôt *allemand*.

La Cour a démonté sans difficulté l'argument de la « cohérence fiscale » : il revenait en fait à habiller sous des apparences plus présentables le simple souci de préserver les recettes du Trésor allemand. Or, l'on sait que ce dernier objectif ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale du Traité.

Les juges de Luxembourg ont dans la foulée écarté la justification fondée sur le risque d'évasion fiscale. Certes, celle-ci est, *a priori*, admissible, mais en l'espèce, la disposition querellée visait trop large, puisqu'elle frappait d'une manière générale toutes les situations dans lesquelles l'actionnaire-prêteur était non-résident, et non les seuls montages purement artificiels visant à échapper à l'expropriation de la loi allemande.

La double thématique de la cohérence fiscale et de la lutte contre les fraudes et abus était également présente dans le troisième arrêt rendu dans la période sous revue (*X et Y*) (4).

Sur le premier point, l'arrêt répète que la cohérence fiscale d'un régime fiscal interne peut être assurée en fait via les conventions préventives de la double imposition conclues entre les Etats. En se répartissant le pouvoir de taxer sur une base de réciprocité, les Etats assurent en fait la cohérence fiscale, puisque la non-imposition dans un Etat a pour corollaire l'imposabilité dans l'autre Etat.

173

(3) C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, arrêt 12 déc. 2002.

(4) C-436/00, *X et Y c. Riksskatteverket*, arrêt 21 nov. 2002.