

INTRODUCTION

UN DROIT PENAL EUROPEEN: HASARD OU NECESSITE (1)

par Daniel FLORE

L'objectif des présentes actualités est de porter à la connaissance du public intéressé les développements récents dans le domaine du droit pénal élaboré au sein de l'Union européenne, qui concourent à la formation progressive de ce qu'on appelle communément un droit pénal européen. En introduction à une telle entreprise, il a paru utile de rappeler les questions premières que pose ce nouveau domaine du droit pénal.

D'abord, pourquoi faut-il qu'il y ait un droit pénal européen? Comment un processus d'intégration principalement économique peut-il se muer en un processus d'intégration des politiques les plus liées au socle réputé intangible de la souveraineté des Etats membres? Aléas historiques, arbitraire de la volonté politique ou nécessité intrinsèque? Ensuite, si droit pénal européen il y a, que peut être un tel droit et à quels principes et objectifs peut-il répondre, partant du constat qu'il n'est pas le droit d'un Etat, mais d'une Union reposant sur les souverainetés de ses Etats membres?

Pour répondre à la première question, on mettra en lumière trois chemins qui ont été empruntés et qui ont conduit le droit communautaire vers le champ pénal. On se limitera à en dresser le constat.

Le premier tient à la nature même de tout ordre juridique. Il est en effet dans la nature d'un ordre juridique qu'existent, à côté de ses dispositions matérielles et formelles, des mécanismes de contrôle et des sanctions destinés à en garantir l'effectivité (2). L'ordre juridique communautaire ne déroge pas à cette règle, il en est même d'autant plus tributaire qu'il ne constitue pas un Etat de droit en lui-même, mais plutôt une «communauté de droit» (3), qui dépend des ordres juridiques des Etats membres pour assurer son déploiement concret. La cour de justice a ainsi été instituée, comme la garante de cette effectivité, par le biais de plusieurs formes de recours (contrôle de légalité, contrôle de l'exécution loyale (recours en manquement), interprétation uniforme (questions préjudicielles)). Par ailleurs, les traités ont prévu des mécanismes de sanctions, en particulier dans les domaines perçus comme étant les plus sensibles pour atteindre les objectifs que les Etats membres s'étaient fixés, notamment dans celui de la concurrence. Le droit dérivé a permis également le développement de mécanismes de sanctions.

On pourrait donc penser que la question de l'existence d'un droit pénal européen ne se pose pas, mais que celui-ci découlerait naturellement de l'existence de l'ordre juridique spécifique que constitue la Communauté européenne. Cependant, il n'en est rien, car si le droit communautaire est bien assorti de sanctions, il ne s'agit jamais de sanctions pénales, au sens formel du terme, quel que soit par ailleurs leur caractère punitif

(1) Pour l'accès aux documents officiels du Conseil UE qui ne sont pas publiés au J.O.C.E., se référer aux indications reprises au début du présent dossier.

(2) Idée inhérente à la formation d'une théorie politique de l'Etat. Hobbes n'écrivait-il pas déjà dans son *Léviathan* que «*Covenants without the Sword are but Words*» (chapitre XVII).

(3) J.V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, p. 43.

effectif (4). La politique pénale ne constitue pas une des politiques couvertes par le traité et aucune disposition générale du traité ne donne au législateur communautaire d'habilitation en la matière. Il semble qu'il faille en conclure que le champ pénal est exclu du domaine communautaire.

Cette conclusion est toutefois elle-même controversée, et contestée, en particulier par la Commission, rejointe sur ce point par le service juridique du Conseil. A la fin des années 1980, à l'occasion de la discussion de deux directives aux implications pénales manifestes — l'une sur les opérations d'initiés (5) (dans le domaine de la bourse), l'autre sur le blanchiment de capitaux (6) (dans le secteur des services financiers) —, la Commission a défendu, avec l'appui de l'un ou l'autre Etat membre, qu'un instrument de droit communautaire pouvait contenir l'obligation de prévoir une sanction pénale à l'égard des comportements qu'il interdisait, lorsque la nature pénale de la sanction était nécessaire pour garantir son effectivité. Cette opinion n'a pas été suivie dans les deux directives en question. Néanmoins, il est intéressant de noter qu'au moins en ce qui concerne la deuxième, sur le blanchiment de capitaux, les Etats membres partageaient l'analyse sur le caractère nécessaire de l'incrimination pénale du blanchiment et qu'un engagement en ce sens a été pris par les Etats membres, dans une déclaration adoptée par le Conseil au moment de l'adoption de la directive.

La Commission avait ensuite paru abandonner cette revendication. Plus récemment, elle a toutefois à nouveau fait une tentative dans le même sens. A la veille de l'adoption par le Conseil d'une décision-cadre sur la protection pénale de l'environnement (7), elle a proposé une directive ayant le même objet. Partant du constat que «les sanctions aujourd'hui adoptées par les Etats membres ne suffisent pas toujours à garantir un respect absolu du droit communautaire» parce que «*les Etats membres ne prévoient pas tous des sanctions pénales en réponse aux violations les plus graves du droit communautaire de l'environnement*», la Commission a considéré qu'«*il apparaît donc nécessaire de définir une norme minimale en ce qui concerne les éléments constitutifs des infractions pénales à la législation communautaire sur l'environnement*» conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité (article 5, paragraphes 2 et 3, du traité CE). La base juridique est constituée par les articles 174 et 175 du traité CE, qui concernent la politique de la Communauté européenne en ce qui concerne l'environnement, mais ils sont muets sur la question d'éventuelles sanctions dans ce domaine (8).

(4) V., à ce sujet, J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 437.

(5) Directive 89/592/CEE du Conseil, du 13 novembre 1989, concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés, *J.O.C.E.*, L 334 du 18.11.1989, p. 30.

(6) Directive du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (91/308/CEE, *J.O.C.E.*, n° L 166 du 28/06/1991, pp. 77 à 83).

(7) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, COM/2001/0139 final — COD 2001/0076, 13.3.2001.

(8) Il faut hélas faire remarquer que la Commission n'a pas toujours tenu ses positions avec cohérence, même si on se limite à la période la plus récente. En effet, l'article 12 du TCE interdit toute discrimination fondée sur la nationalité et l'article 13 permet de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, ... Pourtant, la Commission n'a pas proposé de directive en la matière, mais une décision-cadre du Conseil concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie, COM/2001/0664 final — CNS 2001/0270 du 28 novembre 2001. De la même manière, c'est une proposition de décision-cadre qui est faite en ce qui concerne la cybercriminalité (proposition de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information, COM(2002) 173 final, 2002/0086 (CNS) du 19 avril 2002) alors que les articles 154 et 155 du TCE auraient fort bien pu constituer une base juridique crédible, en particulier dès lors que les actes couverts visaient des atteintes à la sécurité des réseaux d'information.

Peu importe le résultat de cette guérilla institutionnelle menée à coup de base juridique; ce qui est plus important pour notre propos, c'est qu'elle a le mérite de montrer que le chemin du droit communautaire vers le droit pénal a quelque chose de très naturel. Si la Communauté peut interdire certains comportements et décider qu'ils doivent être sanctionnés, on ne voit pas bien pourquoi cette sanction ne pourrait pas avoir un caractère pénal (9).

Un autre chemin, parallèle au premier, mène aussi, de manière plus sûre encore, du droit communautaire vers le domaine pénal: c'est celui de la protection des intérêts communautaires. S'il est vrai que la question de la sanction pénale se pose déjà lorsqu'il s'agit de garantir l'effectivité de la mise en œuvre des objectifs et politiques communautaires prévus par le traité communautaire, comment n'en irait-il pas de même lorsqu'il s'agit de protéger la Communauté dans son fonctionnement même et dans ce qu'elle a de plus élémentaire: ses finances?

Depuis les années 1970, la Commission a lutté pour obtenir la reconnaissance de l'importance de la problématique de la protection des budgets communautaires contre les fraudes, tant aux dépenses (subventions, fonds structurels ...) qu'aux recettes (TVA ...) et de la nécessité d'assurer cette protection par le biais du droit pénal. Elle a, à l'époque, déposé une proposition de convention en la matière, qui est restée sans suite. Par contre, lors de la création de l'Union européenne (10), une base juridique spécifique a été prévue dans le traité communautaire, qui a été renforcée par le traité d'Amsterdam. Il s'agit de l'article 280 du traité instituant la Communauté européenne. Celui-ci énonce d'abord le principe général selon lequel *«la Communauté et les Etats membres combattent la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les Etats membres»*. Caractère dissuasif et effectivité. L'alinéa 2 formule ensuite le principe d'assimilation, qui a été la première manière par laquelle la Commission a essayé d'approcher cette problématique. En vertu de celui-ci, *«les Etats membres [doivent prendre] les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers»* (11).

Ce qui nous intéresse plus dans le cadre de notre propos, c'est l'alinéa 4, parce qu'il prévoit que *«le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres. Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les Etats membres»*.

Ainsi, à la différence de la situation rencontrée dans la voie précédente, il existe pour ce domaine spécifique une base juridique particulière, qui paraît tracer avec clarté les

(9) Cf. J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 437.

(10) Traité de Maastricht, 7 février 1992, entré en vigueur le 1er novembre 1993.

(11) Sur la pertinence du principe d'assimilation dans la perspective de la constitution d'un droit pénal européen, v. D. FLORE, *L'incrimination de la corruption. Les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 février 1999*. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, la Charte, 1999, n° 4, pp. 27-28.

limites entre l'action de la Communauté et celle des Etats membres dans le champ pénal. Néanmoins, que faut-il exactement entendre par «l'application du droit pénal national»? Cette notion vise-t-elle en particulier la transposition d'obligations européennes en droit interne ou seulement leur application subséquente en droit interne?

La question est en outre devenue, entre-temps, d'autant plus complexe à régler qu'une convention et trois protocoles additionnels avaient été conclus en la matière (12), dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne dont je parlerai plus loin.

Récemment, la Commission a déposé une proposition de directive visant à remplacer cette convention et ses protocoles additionnels par un instrument communautaire (13), suscitant une controverse sur la base juridique du même type que celle évoquée à propos de la première voie.

En ce qui concerne la question de la portée de l'exception prévue dans la deuxième phrase de l'article 280 (4) du traité CE et en particulier celle de savoir si cette exception permet l'adoption d'un acte législatif communautaire dans le domaine pénal, la Commission considère qu'il faut y donner une réponse positive. Elle argumente à cet égard *«que cette exception ne mentionne pas le droit pénal de manière complète et générale, mais vise seulement deux aspects particuliers, à savoir «l'application du droit pénal national» et «l'administration de la justice dans les Etats membres». L'article 280 (4) visant en principe toute mesure dans le domaine de prévention et de lutte contre la fraude, la deuxième phrase prévoit dans ce contexte un régime d'exception qui, compte tenu des objectifs de cet article, doit être considéré comme d'interprétation stricte. La rédaction et le contexte juridique de cette disposition ne s'opposent pas à l'adoption de mesures visant à fixer certains objectifs d'harmonisation de nature pénale, aussi longtemps que celles-ci «ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les Etats membres»* (14). La Commission considère que l'article 280 TCE *«constitue ainsi une base juridique adéquate pour le rapprochement du droit pénal matériel des Etats membres en matière de définition de la fraude, de la corruption et du blanchiment portant atteinte aux intérêts financiers communautaires, ainsi qu'en matière de responsabilité pénale et de sanctions pénales applicables. En effet, les dispositions des instruments sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, visant à harmoniser les définitions des infractions, la responsabilité et les sanctions ne concernent ni l'application du droit pénal national, ni l'administration de la justice dans les Etats membres, dans la mesure où aussi bien la transposition de ces dispositions en droit national que la*

- (12) Convention du 26 juillet 1995 établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, n° C 316 du 27/11/1995, pp. 49 à 57 (Acte du Conseil, du 26 juillet 1995, établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. *Ibidem*, p. 48); protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 27 septembre 1996, *J.O.C.E.*, C 313, du 23.10.1996, p. 1; Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 19 juin 1997, *J.O.C.E.*, n° C 221 du 19/07/1997, pp. 12-22; Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, n° C 151 du 20/05/1997, pp. 2-14.
- (13) Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté (présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE, COM/2002/0577 final, 2001/0115 (COD), du 16.10.2002).
- (14) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, COM/2001/0272 final — COD 2001/0115, du 23.5.2001, p. 6.

poursuite et la répression de ces infractions par les autorités nationales relèvent de la compétence des Etats membres» (15).

Une nouvelle fois, il ne s'agit pas ici d'entrer dans l'analyse et l'évaluation des points de vue en présence sur la portée des bases juridiques existantes. Ce qui frappe, par contre, c'est la ténacité de la Commission à entrer dans le champ pénal et cette ténacité ne s'explique pas seulement par des considérations institutionnelles mais aussi et surtout par la reconnaissance de l'évidence que le droit pénal comme «ultime remède» est l'extrémité à laquelle on ne peut échapper si l'on veut assurer une protection effective aux intérêts communautaires.

Mais c'est un troisième chemin qui a constitué la voie royale pour mener du droit communautaire vers le champ pénal, c'est celui de la mise en œuvre d'un des fondements de la Communauté européenne: la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans un espace sans frontières intérieures. En 1986, l'Acte unique européen (16) introduisait un article 8A dans le traité CE visant à activer la réalisation effective de ce marché intérieur en prévoyant que «*la Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992*» et contenait l'affirmation paradigmatique que «*le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité*». A l'évidence, la libre circulation dans un espace sans frontières intérieures, en particulier celle des personnes, ne pouvait être mise en œuvre par la seule voie du droit communautaire. Des mesures d'accompagnement et des mesures dites «compensatoires» devaient être envisagées pour garantir que cette liberté puisse s'exercer dans les meilleures conditions. Les Chefs d'Etat et de gouvernement — le futur Conseil européen — réunis sous présidence grecque au second semestre de l'année 1988 à Rhodes décidaient la création d'un groupe de coordonnateurs sur la libre circulation des personnes (appelé groupe de Rhodes), chargé de dresser l'inventaire des mesures non communautaires rendues nécessaires par la mise en œuvre d'un espace sans frontières intérieures. Il s'agissait naturellement de dispositions relatives au contrôle aux frontières, à l'immigration et au droit d'asile, mais également de mesures de coopération policière et judiciaire pénale. La dynamique communautaire contenait donc la justification de son débordement hors des champs de compétence du traité, notamment vers le champ pénal. Néanmoins, ici à la différence de ce qui s'est passé dans les deux cas de figure précédents, personne n'a prétendu que les mesures à prendre relevaient du droit communautaire et il a fallu attendre un changement institutionnel majeur pour permettre leur prise en compte.

Ce changement, c'est le dépassement de la logique communautaire par la mise en œuvre d'un projet d'union politique, avec l'adoption du traité sur l'Union européenne (17). Une Union est créée, qui est fondée sur les Communautés européennes «*complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le traité*». Parmi ces formes de coopération figure le développement d'une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (articles A et B du traité de Maastricht,

(15) *Ibidem*, p. 7.

(16) 17-28 février 1986.

(17) Signé le 7 février 1992, à Maastricht.

devenus articles 1er et 2 du TUE après Amsterdam). Le traité précise que les objectifs communautaires doivent être réalisés «*notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures*» et que la coopération qui doit être développée dans les domaines de la justice et des affaires intérieures doit l'être «*aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union*» et «*notamment de la libre circulation des personnes*». Ainsi, la boucle est bouclée et il semble bien que le mouvement menant du droit communautaire vers le droit pénal ait quelque chose d'irrépressible.

Mais, si la perspective de la libre circulation des personnes joue le rôle d'activateur du dépassement par la Communauté de son propre cadre de compétence vers le champ pénal, il faut voir que ce dépassement ne se traduit pas par un investissement du champ pénal par le droit communautaire, mais par sa prise en compte par une Union, qui ne relève ni tout à fait des relations intergouvernementales, ni de l'ordre juridique communautaire. Cette nouvelle voie n'a donc en rien réglé les problèmes de base juridique suscités par les deux premières voies, mais elle les a au contraire complexifiés en fournissant aux Etats membres une base juridique pour une intervention non communautaire, concurrente aux ambitions communautaires développées par la Commission, ainsi qu'on l'a montré, notamment à propos de la protection pénale de l'environnement et de la protection des intérêts financiers des Communautés.

En outre, en évitant la «communautarisation», les Etats membres se sont privés à la fois de la légitimation qu'aurait procurée le processus décisionnel communautaire et de son efficacité. Les outils donnés au titre VI du traité apparaissaient d'emblée et se sont révélés à l'expérience bien pauvres pour atteindre les objectifs fixés.

Côté efficacité, Maastricht donnait le choix entre des actions communes, qui n'étaient contraignantes que pour les gouvernements, même quand elles contenaient des obligations qui s'adressaient aux législateurs nationaux, ou des conventions qui n'entraient en vigueur qu'après avoir été ratifiées par l'ensemble des Etats membres conformément à leur procédure constitutionnelle interne ... Amsterdam a certes radicalement amélioré les choses en créant l'instrument juridique de la décision-cadre, qui contient une obligation de résultat qui s'adresse aux législateurs nationaux. Néanmoins, cet instrument conserve des insuffisances manifestes. D'abord, s'apparentant à la directive, il est adéquat pour l'harmonisation des droits mais malaisé à manier lorsqu'il s'agit de coopération judiciaire — en particulier, de reconnaissance mutuelle — qui s'accommoderait mieux de la forme du règlement, qui est d'ailleurs celle utilisée pour la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière civile. Ensuite, à la différence de ce qui est prévu par les directives, il n'y a pas de sanction juridique à l'égard de l'Etat qui ne se plierait pas à l'obligation de transposition. Enfin, l'existence de la règle de l'unanimité — qui se comprend parfaitement dans la mesure où la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice met en cause les droits et libertés fondamentales des citoyens — oblige à des compromis souvent inesthétiques, voire franchement incohérents.

Côté légitimation, sans procédure de codécision, c'est-à-dire sans donner de réel rôle décisionnel au Parlement européen, l'assise démocratique du processus est incertaine, dépendant du contrôle exercé par les Parlements nationaux sur leur propre gouvernement. Et ce déficit démocratique rend d'autant plus indispensable le maintien de l'unanimité, malgré les inconvénients qui y sont inhérents.

Quoi qu'on puisse penser de la solution adoptée – l'édification d'un troisième pilier fragile plutôt que la communautarisation –, ce qui apparaît lorsque l'on parcourt les trois chemins que je viens d'esquisser rapidement, c'est que l'émergence d'un droit pénal européen ne doit rien au hasard mais résulte au contraire de la dynamique même de l'intégration européenne, économique d'abord, puis politique.

Ce point étant établi, reste à établir l'essentiel: les nécessités positives qui sous-tendent la formation d'un droit pénal européen et qui tracent les objectifs que l'Union européenne poursuit dans ce domaine.

Ces objectifs sont contenus dans le titre VI du traité sur l'Union européenne. Ils ont été précisés, affinés au fil de réformes successives: c'est d'abord le traité de Maastricht qui pose les bases, ensuite le traité d'Amsterdam opère un saut qualitatif, puis le Conseil européen de Tampere élargit les bases par l'introduction de concepts innovants (reconnaissance mutuelle, Eurojust), enfin le traité de Nice en consacre certains points. La convention européenne pour l'avenir de l'Europe pose les jalons de la réflexion pour approfondir encore ces objectifs, dans la perspective de la prochaine conférence intergouvernementale.

Il est utile de reprendre la chronologie des intentions politiques. C'est le titre VI du traité de Maastricht, qui, pour la première fois, fait entrer de façon claire et manifeste le champ pénal dans la sphère européenne. Ce titre VI n'était pas seulement la réponse au défi de la libre circulation des personnes; il constituait d'abord la globalisation des problématiques relevant de la justice et des affaires intérieures, qui étaient traitées jusque-là de façon éparse dans des cadres non institutionnels (notamment Trevi pour les questions policières, la coopération politique européenne pour la coopération judiciaire), les initiatives communes répondant à des logiques diverses et fluctuantes, au gré des événements (18). En outre, ce n'était pas l'ensemble du domaine de la justice et des affaires intérieures qui devenait d'intérêt commun, mais seulement certains aspects de ces domaines.

Ainsi, d'après le texte de l'article K.1, la coopération policière pouvait être discutée en tant que telle, mais seulement dans la mesure où elle concernait certaines formes spécifiques de criminalité (terrorisme, trafic illicite de drogue, autres formes graves de criminalité internationale). Ainsi également, les mesures visant à améliorer la coopération judiciaire en matière pénale pouvaient être discutées au sein de la nouvelle structure, mais en principe pas les mesures pénales internes qui pouvaient être envisagées pour améliorer la lutte dans le domaine concerné. Cette restriction connaissait seulement deux exceptions. La première était explicite: elle concernait les domaines de la lutte contre l'immigration et le travail clandestins, contre la toxicomanie et contre la fraude de dimension internationale, domaines où l'article K.1. 3. c), 4 et 5 donnait une compétence d'action générale. La seconde était implicite: la compétence d'agir dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale devait logiquement emporter celle de prévoir des dispositions concernant les droits pénaux internes, dans la mesure où de telles dispositions étaient nécessaires pour assurer une coopération judiciaire efficace entre les Etats membres. L'approche du domaine de la justice par le traité sur l'Union européenne était dès lors assez limitée.

(18) Sur l'apport du traité sur l'Union européenne dans ce domaine, v. D. FLORE et R. TROOSTERS, «Maastricht in beweging», *Panopticon*, 1994, pp. 302-303.

Le traité d'Amsterdam semble avoir voulu donner un contenu plus vaste et plus ambitieux au domaine de la justice et des affaires intérieures. L'article 29 du traité prévoit en effet que «l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice»; ce qui ouvre la voie à une approche beaucoup plus globale. Il n'est plus seulement question de coopération, mais bien de la création d'un espace commun. Le Conseil européen de Vienne a d'ailleurs insisté sur cet aspect quand il «demande qu'une attention particulière soit accordée à la création d'un espace judiciaire européen, conformément au traité d'Amsterdam» (19).

Néanmoins, le projet n'est pas clair, hésitant entre cette volonté d'approche globale et une approche effective plus ponctuelle et ciblée. Ce tiraillement apparaît dès l'intitulé donné au titre VI. Celui-ci, qui était auparavant «coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures» devient «dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale»; ce qui paraît bien en deçà de l'objectif plus global de la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, qui est mentionné au début de l'article 29. De même, les moyens prévus par le traité pour atteindre cet objectif paraissent en complète inadéquation avec celui-ci. Ces moyens consistent en effet seulement dans l'élaboration d'une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale et la prévention du racisme et de la xénophobie et la lutte contre ces phénomènes. En outre, ces moyens doivent s'inscrire dans les formes et limites prévues par le traité. Il s'agit de prévenir et de «lutter». Le domaine pénal concerné est celui de la criminalité, organisée ou autre, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude. Les formes concrètes de l'action sont une coopération policière plus étroite (articles 30 et 32), une coopération judiciaire plus étroite (articles 31 et 32) et le rapprochement, des règles de droit pénal des Etats membres, en tant que de besoin, et encore, seulement dans les limites de l'article 31, e) du traité, c'est-à-dire pour autant qu'il s'agisse de criminalité organisée, de terrorisme ou de trafic de drogues, encore ne s'agit-il pas d'une finalité comme telle, mais seulement d'une modalité de la coopération judiciaire.

Ensuite, quelques mois après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil européen s'est réuni les 15 et 16 octobre 1999 à Tampere, pour débattre exclusivement des questions relatives à la mise en œuvre d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et donner plus de corps au projet européen dans ces domaines. Pour ce qui concerne l'émergence d'un droit pénal européen, on y assiste à deux avancées majeures par rapport au traité: d'une part, le Conseil européen y consacre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, qui doit devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale (point 33 des conclusions); d'autre part, il décide la création d'une unité (Eurojust) composée de procureurs, de magistrats ou d'officiers de police ayant des compétences équivalentes détachés par chaque Etat membre conformément à son système juridique, qui devrait avoir pour mission de contribuer à une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites et d'apporter son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée (point 46).

Ce dernier point est ensuite consacré dans le traité sur l'Union européenne, à l'occasion du traité de Nice.

(19) Conclusions de la présidence, § 84.

Malgré ces tentatives répétées de donner corps à un espace de justice européen, le projet européen dans le domaine de la justice pénale reste flou. A la suite des derniers développements de Tampere et de Nice, la doctrine distingue trois voies dans la formation d'un droit pénal européen: l'harmonisation des droits matériels, la coopération judiciaire entre les États membres, en particulier par le biais de la reconnaissance mutuelle et la mise en place d'acteurs européens d'un système de justice pénale européenne. Mais il s'agit seulement d'une tentative d'établir une cohérence entre des éléments qui sont développés dans la réalité sans rapport apparent les uns avec les autres. Que faut-il harmoniser et comment faut-il le faire? A quoi va servir l'incrimination harmonisée: simple signal adressé au citoyen, base juridique pour l'application de mécanismes particuliers de coopération ou de reconnaissance mutuelle, détermination de la compétence d'organes européens tels qu'Europol ou Eurojust? Comment combiner harmonisation et reconnaissance mutuelle, quand la reconnaissance mutuelle se présente comme une alternative au rapprochement? Pourquoi mettre en place des acteurs européens: à l'égard des domaines harmonisés de la criminalité, pour faciliter la coopération judiciaire entre les Etats membres, pour mener une action spécifique sur le plan européen? Comment concevoir leurs relations avec les autorités des Etats membres?

Autant de questions qui nous amènent à poser une question plus fondamentale: quel est le projet pénal de l'Union européenne? Quelles sont les valeurs en fonction desquelles l'Union européenne doit investir le champ pénal?

Plusieurs critères ont été mis en avant pour justifier le développement d'un droit pénal européen. Un tel droit serait justifié à l'égard de la «criminalité grave». Ceci amène bien sûr à poser la question de savoir ce qui est grave et comment on peut s'entendre à quinze, voire à vingt-cinq ou plus sur une telle appréciation. Le Conseil vient d'avoir une discussion sur le trafic de drogue qui illustre bien la difficulté de l'évaluation commune de la gravité d'un phénomène criminel. Qu'est-ce qui est grave dans le domaine du trafic de drogues? On dit: pour le petit trafic de drogue, on peut aller en dessous des minima, mais qu'est-ce qu'un petit trafic, qu'est-ce que de petites quantités de drogues? Les Etats membres ne sont pas d'accord sur ce que sont de petites quantités. Et qu'est-ce que «les drogues les moins dommageables» qui pourraient justifier un traitement différencié? Les Etats membres ne s'entendent pas non plus à ce propos (20).

Un autre critère proposé est celui du caractère transnational des infractions. Un droit pénal européen n'aurait vocation à s'appliquer qu'à la criminalité transnationale. Le caractère transnational pourrait-il être un bon critère? On peut effectivement dire que certaines choses sont nécessairement transnationales comme la traite ou le trafic, mais, à l'inverse, qu'est-ce qui n'est pas transnational? Le moindre petit contentieux qui devient délictuel peut, dans un cadre transfrontalier, présenter un aspect transnational. La «transnationalité» n'est dès lors certainement pas un élément suffisant (21).

Ensuite, selon le critère choisi, quel type d'action envisager: coopération, intégration, standardisation?

(20) V., à ce sujet, *infra*, chapitre 1er, section 1, 4.6.4.

(21) V., à ce sujet, J. DE HULLU et E.A.M. VERHEIJEN, «De beoordeling van Eurostrafrecht», *Delikt en Delinkwent*, 2002, pp. 704-705.

La Convention européenne, qui discute de ces questions parmi d'autres, constitue un excellent laboratoire pour mesurer l'Etat actuel des esprits dans ce domaine.

Sur la question des critères, le groupe de travail X — liberté, sécurité et justice — de la Convention européenne propose, dans son rapport final, de cumuler les critères de gravité et de transnationalité comme conditions à l'harmonisation des droits matériels et de recourir, pour l'harmonisation des droits procéduraux, au critère de transnationalité, couplé à la condition que l'harmonisation soit nécessaire *«pour assurer la pleine application de la reconnaissance mutuelle de décisions judiciaires ou pour garantir l'efficacité des instruments communs de coopération policière et judiciaire mis en place par l'Union (22)»*. Est-ce que cependant le simple fait de cumuler deux critères suffit à éviter les écueils évoqués à propos de chacun en particulier? Rien n'est moins sûr.

Le groupe de travail propose un deuxième critère, qui renvoie aux deux premiers chemins menant du droit communautaire au droit pénal qui ont été rappelés plus haut. *«Lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un intérêt commun européen qui fait lui-même l'objet d'une politique commune de l'Union, le rapprochement des dispositions de droit pénal matériel devrait faire partie de l'arsenal de mesures prévu pour l'application de cette politique chaque fois que des règles non pénales ne sont pas suffisantes»*. Ce que le groupe de travail propose là, c'est ce que revendique la Commission depuis plus de dix ans. A cet égard, il y a toutefois lieu de se demander si c'est bien de cette manière qu'on élabore un droit pénal européen. La technique utilisée est celle du droit pénal-appendice, qui est bien connue en droit interne. Toute réglementation est accompagnée d'une disposition générale de sanction pénale, qui vise des incriminations dont les éléments constitutifs n'ont pas été établis avec la rigueur du législateur pénal et s'avère en définitive aussi irrésistible qu'inutile. Peu connues du juge — qui préfère appliquer les incriminations «de droit commun» et inconnues du justiciable —, les incriminations nouvelles ne s'inscrivent dans aucune politique criminelle globale. Je ne pense vraiment pas que ce modèle, qui ouvre la voie à l'inflation pénale et à la dévaluation du pénal comme remède ultime, soit une piste à suivre.

Le groupe de travail envisage cependant une autre piste de réflexion en évoquant un troisième critère, justifiant le rapprochement: le fait que celui-ci serait *«nécessaire pour susciter une confiance mutuelle suffisante en vue de permettre la pleine application de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou de garantir l'efficacité des outils communs de coopération policière et judiciaire mis en place par l'Union (à savoir des organes communs tels qu'Europol, ou les instruments tels que le mandat d'arrêt européen)»*.

Cette piste est digne d'intérêt, parce qu'elle a le mérite de tenter d'articuler l'harmonisation par rapport à la reconnaissance mutuelle et à la mise en place d'acteurs d'un système de justice pénale européen. Néanmoins, hormis cette ébauche de piste, le groupe de travail ne propose pas de vision globale pour articuler ces trois voies de la formation d'un droit pénal européen.

Et là est précisément le défi, si l'on veut proposer un véritable projet européen dans le domaine de la justice pénale. Il y a clairement une option à prendre entre plusieurs

(22) Document CONV 426/02, du 2 décembre 2002.

modèles de développement que je qualifierais par les termes d'exemplarité, de coopération ou d'opérationnalité intégrée dans un projet pénal européen autonome.

D'un côté, l'exemplarité: ce serait dire qu'il y aurait un socle commun de valeurs à déterminer ensemble, qui devraient fonder des normes qui seraient applicables et accessibles à tous dans l'espace européen. Si on trouve normal d'adopter des normes techniques et des standards communs dans les domaines les plus anodins de la vie économique dans le cadre d'un marché intérieur, comment ne pas revendiquer que des normes communes soient également d'application lorsqu'il s'agit des droits et libertés fondamentales des citoyens? Ces normes concerneraient d'abord les garanties procédurales auxquelles tout citoyen devrait pouvoir prétendre où qu'il se trouve sur le territoire de l'Union européenne, qu'il soit victime d'une infraction ou proche d'une victime, ou qu'il soit soupçonné d'avoir commis une infraction, détenu, poursuivi ou condamné. Ces normes porteraient aussi sur la définition des actes qui portent atteinte à des valeurs considérées comme tellement essentielles qu'elles requièrent d'être sanctionnées de la même manière où qu'elles se produisent sur le territoire de l'Union européenne, et où que soient trouvés leurs auteurs.

L'exemplarité impliquerait une intégration des valeurs communes dans les droits nationaux. Cela impliquerait aussi qu'il ne s'agirait pas simplement de fixer des minima. Les normes communes devraient être à la fois des minima et des maxima, qui seraient applicables à tous sur l'ensemble du territoire de l'Union. Ces règles devraient par ailleurs être indérogeables. Ce rapprochement aurait d'abord une fonction symbolique à l'égard des citoyens européens, comme référence commune à un socle de valeurs partagées, mais également fonction d'exemple à l'égard du monde extérieur.

Le deuxième modèle serait celui de la coopération. La notion d'«espace» commun de justice impose de réduire autant que possible l'obstacle constitué par les frontières nationales dans la coopération entre les autorités judiciaires, qu'elle concerne l'enquête pénale ou l'exécution de la sanction. Il s'agit, en d'autres termes, de faciliter l'enquête, les poursuites et l'exécution des jugements dans les affaires transnationales, en particulier par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Dans ce cas, l'harmonisation ne s'envisagerait qu'en fonction des besoins de la coopération et de la reconnaissance mutuelle.

Le troisième modèle serait celui de l'opérationnalité intégrée. Il s'agirait, dans ce cas, de concevoir le droit pénal européen comme un droit destiné à permettre un processus effectif autonome sur le plan européen tant par le fonctionnement d'organes européens que par l'exercice de la justice sur le plan européen. Des infractions graves, touchant au fondement de l'Union ou de la Communauté européenne (comme les fraudes communautaires ou la contrefaçon de l'euro), ou ayant une portée «transeuropéenne», c'est-à-dire non seulement dépassant les frontières d'un Etat membre, mais traversant le territoire de l'Union européenne (comme la criminalité organisée, le terrorisme et les grandes filières de trafic) feraient l'objet d'une identification commune et justifieraient l'intervention d'acteurs européens et le déclenchement d'un processus de justice pénale sur le plan européen, complémentairement ou prioritairement à l'action des autorités des Etats membres. Ce modèle supposerait la constitution d'un ordre juridique européen propre, qui servirait les besoins d'autorités européennes d'enquête, de poursuite et de jugement.

Le modèle de l'exemplarité serait celui qui s'inscrirait le plus en profondeur dans les ordres juridiques internes des Etats membres, constituant un socle commun applicable à tous par référence à une territorialité européenne, applicable à tous les faits de la vie sociale, sans critère de gravité ou de transnationalité.

Le modèle de la coopération serait fondé sur le caractère transnational des infractions. Il établirait un pont de manière flexible entre les droits des Etats membres pour les situations les concernant ensemble.

Le modèle de l'opérationnalité intégrée se placerait résolument sur le plan supranational européen et supposerait une superposition des ordres juridiques nationaux avec un ordre juridique européen.

Il s'agit de trois modèles possibles, répondant à des préoccupations et des objectifs différents mais complémentaires. Ils peuvent faire l'objet d'un choix. Ils peuvent probablement aussi être combinés, à deux ou même à trois, et devraient même idéalement l'être. Le socle commun de valeurs, implanté dans l'ordre juridique de chaque Etat membre, pourrait être la base sur laquelle s'affermirait la confiance mutuelle, qui fluidifierait la coopération et permettrait une libre circulation des décisions judiciaires entre les autorités judiciaires des Etats membres, relatives aux situations transnationales. Le tout serait placé sous la coupole d'une procédure intégrée pour les infractions «européennes» ou «transeuropéennes».

L'essentiel est que l'ensemble qu'ils forment propose un projet européen cohérent et qu'à chaque action entreprise on puisse identifier une finalité précise dans le cadre de la réalisation de ce projet européen.

*

* *

Ainsi, le droit pénal européen qui se forme aujourd'hui n'est pas le fruit du hasard. Il cherche cependant encore la nécessité positive qui lui permettra de prendre corps dans un projet européen cohérent. C'est ce que voulait montrer cette introduction à la fois rétrospective et prospective.

Ces quelques pages avaient valeur d'avertissement au lecteur. Le dossier qui s'ouvre rend compte de la formation progressive d'un droit pénal européen, dans les limites et selon les orientations qui ont été tracées par le traité sur l'Union européenne. Les nombreux doutes et interrogations qui émailleront les pages qui suivent ne doivent pas faire douter de l'entreprise. Ils sont le reflet de l'indétermination dans laquelle se trouve encore l'Union européenne quant au choix du projet qu'elle entend se donner dans le domaine de la justice pénale.