

**Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20.9.2011 : « Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal » (COM(2011) 573 final)**

1. L'initiative de la Commission doit être saluée car elle constitue un indéniable progrès sur les plans politique (pour la première fois, l'institution européenne esquisse les prémices d'une politique criminelle européenne (a)) et juridique (elle le fait en s'appuyant sur les grands principes du droit communautaire – aujourd'hui droit de l'Union – (b) et sur les principes fondamentaux de droit pénal communs aux Etats membres qui sont des « héritages culturels (...) et humanistes de l'Europe » (Préambule, alinéa 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE) (c) ; elle définit en outre une méthode pour l'adoption des actes législatifs à venir (d)).

a) Il n'existait jusqu'à présent pas de politique criminelle définie au plan européen, en tout cas pas de manière explicite. Le législateur européen intervenait au coup par coup, en fonction des besoins et des accords entre Etats<sup>1</sup>.

La communication de la Commission trace les prémices d'une telle politique, en ce qui concerne le recours au droit pénal en vue d'assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'Union<sup>2</sup>, et souligne que cette politique pénale doit être cohérente et homogène (p. 12). Il s'agit là d'une avancée que l'on peut qualifier d'historique.

b) La politique pénale présentée dans la communication s'appuie sur deux principes guidant de manière constante l'action de l'UE, le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité. Elle s'installe donc « sur les rails » des (autres) politiques de l'Union.

Le principe de subsidiarité, qui implique que les décisions soient prises « le plus près possible des citoyens » (Préambule, alinéa 13 et Art. 1<sup>er</sup> § 2 TUE) doit s'appliquer en matière pénale comme ailleurs ; peut-être même davantage, car le droit de punir est un droit régalien et un droit dont la mise en œuvre a des conséquences particulièrement graves sur les citoyens.

Il en découle que l'Union européenne ne peut légiférer en matière pénale qu'après avoir vérifié et établi que la législation pénale des Etats membres est impuissante à assurer, à elle seule, la mise en œuvre efficace des politiques de l'UE<sup>3</sup>. Il ressort de la communication de la Commission (p. 10, 11) qu'une mise en œuvre efficace s'entend d'une mise en œuvre non seulement effective (dans chaque Etat membre) mais aussi cohérente (entre les différents Etats).

---

<sup>1</sup> Cf le communiqué de presse IP/11/1049, p. 2 : « L'UE prend des mesures dans le domaine du droit pénal depuis plus de dix ans, dans le but de mieux lutter contre la criminalité dont l'internationalisation et la complexité vont croissant. Cependant, cette législation a souffert d'un manque de cohérence dans son élaboration et n'est pas toujours effectivement mise en œuvre. En mars 2010, Mme Viviane Reding, commissaire chargée de la justice, a mis en évidence la nécessité d'une approche cohérente et équilibrée de la politique en matière de droit pénal et annoncé son intention de prendre des mesures dans ce domaine (SPEECH/10/89). En publiant aujourd'hui sa communication intitulée «Vers une politique de l'UE en matière pénale», la Commission honore cet engagement et répond également aux praticiens du droit et aux universitaires qui réclament une approche plus cohérente du droit pénal au niveau de l'UE, comme l'ont fait en 2009 les auteurs du «Manifeste pour une politique criminelle européenne».

<sup>2</sup> Cf Art. 83 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. »

<sup>3</sup> Cf. Art. 5 § 3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Le **principe de proportionnalité** suppose, lui, que « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs* » visés (Art. 5 § 4 TUE). Il en résulte que **l'Union ne peut légiférer en matière pénale que si une intervention de ce type est nécessaire**, c'est-à-dire **si l'établissement de règles impliquant une moindre immixtion dans les droits et libertés des citoyens est insuffisante pour assurer la mise en œuvre efficace de ses politiques**, ce qu'il faudra, ici encore, vérifier et justifier.

Cette exigence résulte également, comme le souligne la communication (p. 7), de la définition de la compétence pénale de l'UE ; celle-ci n'est habilitée à légiférer que si le rapprochement des droits répressifs nationaux est « *indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* » (Art. 83 § 2 TFUE préc.).

La communication relève à juste titre (p. 3) que les agissements qui mettent obstacle à la réalisation des politiques de l'UE sont souvent des **agissements transfrontières**, ce qui donne une « **valeur ajoutée** » à **l'intervention du législateur européen**, alors même que ce n'est pas, juridiquement, une condition de cette intervention (l'article 83 § 2 TFUE ne mentionne pas cette exigence). Le rapprochement des droits répressifs des Etats membres permet effectivement de limiter l'exploitation par les délinquants des failles ou des différences existant entre eux.

c) La **politique pénale** dont la communication trace les orientations **se réfère également à un certain nombre de principes juridiques qui irriguent les droits répressifs des Etats membres** en tant qu'Etats de droit démocratiques : la nécessité de recourir au droit pénal, qui doit toujours être appréciée de manière restrictive (« le droit pénal doit rester un dispositif de dernier recours », communication, p. 5, é.g. p. 12), le respect des droits fondamentaux (*ibid.*), l'exigence d'incriminations claires et précises et de peines proportionnées (p. 8).

d) Enfin la communication **propose une méthode qui consiste à définir, en deux étapes, les mesures pénales à adopter au plan européen**. La **1<sup>ère</sup> étape conduit à décider si des mesures pénales doivent être prises**, à partir des résultats d'analyses d'impact évaluant la capacité des Etats membres à mettre en œuvre le droit de l'UE. La **2<sup>nde</sup> étape permet d'identifier le type de mesures pénales à prendre**, en respectant certains **principes directeurs** (nécessité et proportionnalité des mesures préconisées, collecte d'informations précises sur les situations nationales, réflexion sur la nature de la peine et l'engagement de la responsabilité des personnes morales).

**2. Les orientations ainsi définies n'insistent cependant pas assez sur certains points essentiels :**

a) Le **caractère d'*ultima ratio* que doit avoir le recours au droit pénal est rappelé mais ce rappel semble quelque peu formel**.

Compte tenu des **conséquences qui y sont attachées pour les personnes visées, l'incrimination d'un comportement donné doit pourtant être l'arme ultime** utilisée par l'Union et imposée par elle aux Etats. Elle doit être **réservée aux atteintes les plus graves à la vie en société** (puisque c'est la société toute entière qui réagit alors à travers la peine), **la peine étant une sanction afflictive** (elle engendre une souffrance ou, à tout le moins, une gêne importante et constitue toujours une atteinte aux droits et libertés de la personne) **et infamante** (elle porte atteinte à la réputation, à l'honorabilité de la personne).

- La communication de la Commission annonce que cette dernière réfléchira « à la façon dont le droit pénal pourrait contribuer au redressement économique » (p.11). Une telle contribution n'entre pas dans les finalités du droit répressif (qui sont de rétablir l'ordre public ou la paix social troublé(e), de promouvoir la réinsertion ou l'insertion sociale de l'auteur et, éventuellement, de réparer le dommage causé à la victime).

Plus largement, **on retrouve dans le texte, en dépit des références expresses à la subsidiarité et au droit pénal comme « dernier recours », une conception extensive de celui-ci.** Le droit pénal est présenté comme un instrument **d'appui des différentes politiques de l'Union**, presque comme « un facteur de légitimation de la construction européenne » (Fabienne Kauff-Gazin). Or ce n'est pas son rôle.

- **Les comportements que le recours au droit pénal doit endiguer doivent porter une atteinte grave à un intérêt (ou une valeur) considéré(e) comme fondamental(e).**

Il est ainsi permis de se demander si les **sanctions pénales** ne doivent pas être réservées aux **atteintes à des aspects essentiels des politiques de l'Union**. Toute méconnaissance d'une règle européenne en matière de transport routier, de pêche, d'environnement etc. qu'un Etat ou plusieurs Etats ne sanctionnerait pas de façon suffisante ne mérite sans doute pas de l'être par une sanction pénale (NB : la communication (p. 11) s'attache à la gravité des atteintes à réprimer mais pas à l'importance de leur objet).

En outre, la communication n'envisage pas la **situation dans laquelle l'inefficacité de la mise en œuvre des règles européennes tiendrait à la trop grande sévérité des sanctions pénales encourues dans certains Etats**. La définition de règles minimales au plan européen pourrait alors favoriser une certaine **dépénalisation**, dans le sens où seule l'incrimination de comportements portant une atteinte grave aux règles visées et l'utilisation de peines autres que la privation de liberté seraient préconisées.

- Les difficultés rencontrées actuellement par les Etats membres dans la mise en œuvre d'une politique de l'UE et l'efficacité insuffisante de leur action présente ne doivent pas suffire à justifier le recours au droit pénal (communication, p. 8). Encore faut-il que les Etats ne puissent pas raisonnablement parvenir à une mise en œuvre efficace de la politique ou des politiques de l'Union concerné(e) (cf. Art. 5 § 3 TUE : « (...) *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres* »).

b) Même si les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation lors de la transposition des règles définies par l'Union, **il importe que les comportements à incriminer au minimum soient définis le plus clairement et précisément possible.**

Cette définition devrait s'étendre à celle des « **comportements secondaires** » (communication p. 9) car **la tentative et la complicité** connaissent des définitions différentes selon les Etats.

c) S'agissant des sanctions préconisées par l'UE, il importe de **veiller à la cohérence verticale et horizontale, afin que les peines imposées par le droit de l'Union soient effectivement nécessaires et proportionnées**. Il convient de prendre ainsi en compte les systèmes juridiques des Etats membres, avec leurs niveaux de peine (cohérence verticale) (cf art. 67 § 1 TFUE), ainsi que les niveaux de peine d'ores et déjà fixés par des actes juridiques européens (cohérence horizontale). La communication souligne qu'il « importe particulièrement que la législation de l'UE en matière pénale soit cohérente et homogène » (p. 3).

La prise en compte des systèmes juridiques des Etats membres – qui suppose qu'avant l'adoption de tout acte législatif en matière pénale une étude de droit comparé soit menée (cf communication, p. 12, 13) – est essentielle car « l'identité européenne ne se construit pas par opposition aux identités nationales, mais sur leur base » (Jean-Paul Jacqué). La communication souligne d'ailleurs (p. 3) que « le droit pénal reflète les valeurs fondamentales, les coutumes et les choix d'une société donnée ». Le **respect de la cohérence verticale est d'autant plus important que la compétence de l'Union se limite, en matière pénale, à définir des « règles minimales »** (Art. 83 § 2 TFUE), **les Etats pouvant adopter des règles plus sévères.**

d) **L'extension du droit pénal matériel** (comportements interdits et sanctions) **au plan européen doit aller de pair avec le développement au plan européen des droits procéduraux**. Ce n'est qu'à ce prix que le droit pénal européen satisfera à l'exigence de respects des droits fondamentaux inscrite dans les traités (cf encore art. 67 § 1 et art. 83 § 3 TFUE).

**Le propre du droit pénal** – qui s'oppose en cela aux autres branches du droit – **est de ne pouvoir être mis en œuvre qu'à travers un procès** (fut-il simplifié). Les droits reconnus à l'« accusé » et, dans un moindre mesure, ceux qui sont accordés à la victime, correspondent, pour la plupart, à des droits fondamentaux reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'UE et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, telle qu'elle est interprétée par la Cour du même nom<sup>4</sup>. Il est donc **impératif que le développement du droit pénal européen de fond** (définition d'infractions et de peines les sanctionnant) ne soit **pas dissocié du développement, à l'échelle de l'Union, des droits (minimaux) reconnus aux personnes dans les procédures pénales**. La Charte des droits fondamentaux, même si elle est considérée comme « la boussole de toutes les politiques de l'UE » (communication, p. 4), ne peut suffire. **Des règles minimales doivent, parallèlement au développement du droit pénal (européen) de fond, être adoptées concernant les droits de la défense** (entendus au sens large comme les droits permettant à l'« accusé » comme à la victime de faire valoir leur point de vue et d'avoir un rôle d'acteur dans la procédure), **les conditions dans lesquelles les preuves des infractions sont recherchées et utilisées**, et **les contrôles exercés sur les décisions prises tout au long de la procédure**.

3. Références complémentaires : Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, spéc. n°70 et s. p. 43 et s. ; Editorial, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, 3/2011, p. 209-211 ; Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Cours, 6<sup>ème</sup> éd. 2010 ; Fabienne Kauff-Gazin, *Vers une politique criminelle européenne « lumineuse » ?*, A propos de la communication du 20 septembre 2011 « vers une politique européenne en matière pénale » *in Mélanges en l'honneur d'Yves Gautier*, à paraître en 2012.

**Jocelyne Leblois-Happe**  
**Professeur à l'Université de Strasbourg**  
**Membre du groupe *European Criminal Policy Initiative***

---

<sup>4</sup> Ces droits lient l'Union européenne même si elle n'a pas encore adhéré à la Convention : la Cour de Luxembourg admet depuis longtemps que ces droits fondamentaux sont des « principes constitutionnels » qui font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle doit assurer le respect (arrêt *Wachhauf* du 13 juillet 1989, arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008) ; l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) le rappelle : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».