

# Revue de droit d'Assas

N° 24      déc. 2022

## Portrait

**Hugues Périnet-Marquet, un maître du droit  
immobilier moderne**

Par Charles Gijssbers

## Projet

**La diffusion des données décisionnelles  
et la jurisprudence**

Par Sylvain Jobert et Guillaume Leroy

## Dossier

**La place du droit de l'Union européenne  
en droit pénal**

Par Didier Rebut (dir.), Bernadette Aubert, Marthe Bouchet,  
Édouard Dubout, Jocelyne Leblois-Happe,  
Pauline Le Monnier de Gouville, Haritini Matsopoulou,  
Raphaële Parizot et Christophe Soulard

## Perspectives

**Analyse économique du droit**

Par Bruno Deffains, Yannick Gabuthy, Régis Lanneau,  
Pierre Larouche et Ejan Mackaay

## Rétrospective

**Faut-il corriger les abus des clauses de *bad leaver* ?  
Réflexions autour d'un texte de Malaurie  
sur la liberté contractuelle et ses limites,  
à propos de la révision de la clause pénale**

Par Valérie Lasserre

# Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,  
12 place du Panthéon – 75005 Paris,  
en partenariat avec Lextenso éditions,  
La Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

**Lextenso**

ISSN n° 2108-1050 (papier)    ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

**Stéphane Braconnier**

Conseillère de la rédaction :

**Emmanuelle Filiberti**

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

**Nicolas Balat et Étienne Casimir**

**Cécile Chainais**

## COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrices en chef :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Comité de rédaction en chef :

Lucile Agostini-Malaurie, Loïc Bréhin,  
Florian Carré, Claire Glenisson,  
Grégoire Lemarchand-Ghica et Ani Minasian

Chargée de la diffusion :

Adèle Geoffret

Chargée du financement :

Mélinda Benhaïem

Comité de rédaction :

Mélinda Benhaïem, Alexandre Breteau,  
Thomas Caracache, François Chevallier,  
Guygonne-Bettina Deker,  
Clément Duchemin, Thibaut Duchesne,  
Raphaël Galvao, Eloïse Le Hénaff,  
Philippe Morange, Hugo Nadjar,  
Romain Raine

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Yves Gaudemet,**

Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université  
Paris-Panthéon-Assas

**Michel Humbert,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Yves Lequette,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Laurent Leveneur,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Martine Lombard,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Denis Mazeaud,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,  
ancien directeur scientifique de la revue

**Jacques-Henri Robert,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Louis Vogel,**

Membre de l'Institut, Professeur à l'Université Paris-  
Panthéon-Assas, Président honoraire de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 24, déc. 2022, p. X

En ligne : [www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

# Quelques mots de la rédaction en chef

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert, rédactrices en chef

---

Pour son vingt-quatrième numéro, la *Revue de droit d'Assas* propose à ses lecteurs – qui décideront peut-être d'en faire leur livre de chevet – de leur conter une histoire. Cette histoire, chacun l'a déjà vécue : c'est celle d'une rencontre. C'est ce moment magique où deux regards s'échangent, provoquent un sourire ou au contraire une grimace ; c'est l'effleurement ou le bouscèlement, le choc ou le consensus, l'harmonie ou le confit, l'amitié ou le mépris, la passion ou la détestation. On se plaît ou on se hait. La vie du droit est pleine de ces rencontres ; qu'elles soient heureuses, harmonieuses et fructueuses ou risquées, déséquilibrées voire source de rivalités.

Cette histoire débute avec le *Portrait*, dans lequel Charles Gijbers narre la rencontre d'un homme, Hugues Périnet-Marquet, avec le Droit – et plus particulièrement avec le droit immobilier. Rencontre ô combien heureuse et fructueuse, tant le premier a enrichi le second. Son expertise pluridisciplinaire, qui se retrouve au sein de ses activités de recherche et universitaires, a fait se côtoyer différents *pans* du droit – droit public et droit privé, droit de l'urbanisme, droit de la construction et droit des biens – et différents *aspects* du droit – théoriques et pratiques. Autant de rencontres qui ont servi un but commun : celui de livrer une analyse juridique complète de la propriété immobilière. Ainsi, M. Périnet-Marquet a dévoilé l'unité derrière la pluridisciplinarité et est devenu un « maître du droit immobilier ».

Certainement tout aussi heureuse mais ayant sans doute davantage les atours de liaisons dangereuses, la rencontre projetée au sein des pages suivantes est celle du monde du droit avec celui du numérique. Ainsi, au sein du *Projet*, Guillaume Leroy s'entretient avec Sylvain Jobert au sujet d'un rapport récent, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, qui mesure les incidences de l'*open data* et des outils algorithmiques sur la diffusion des données décisionnelles, sous un angle prospectif. Or, si la mise en œuvre de l'*open data* est de nature à améliorer la connaissance des décisions de justice, et notamment celles des juges du fond, elle est aussi de nature à induire, pour le meilleur et pour le pire, une modification de

la pratique et de la conception de la jurisprudence. La rencontre est alors délicate et doit être arrangée. En ce sens, le rapport en question propose de prévenir les risques et saisir les opportunités attachées à cette rencontre.

La spontanéité n'est donc pas toujours de mise en matière de rencontres juridiques. Il est même permis de penser qu'elle ne l'est presque jamais, du fait de l'importance des enjeux et du lot de tensions susceptible de les accompagner. C'est notamment le cas lorsque la rencontre est, dès l'origine, déséquilibrée, du fait d'un rapport de force préexistant. Il en va ainsi de la rencontre entre deux ordres normatifs dont l'un est hiérarchiquement supérieur à l'autre, comme c'est le cas de la rencontre du droit de l'Union européenne et du droit national. Cette rencontre est d'autant plus délicate qu'elle touche à un domaine où la souveraineté nationale est prégnante. Elle mérite donc toute l'attention des auteurs. Le *Dossier* réunit ainsi les actes d'un colloque coorganisé par l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris et la chambre criminelle de la Cour de cassation, dédié à « La place du droit de l'Union européenne en droit pénal ». Les auteurs y relèvent, d'une part, la place croissante des normes de l'Union européenne en matière pénale et s'interrogent, d'autre part, sur les éventuelles difficultés de mise en œuvre de ces normes. Une fois encore, la pluridisciplinarité est de mise, en ce que l'analyse est menée par des auteurs de droit privé comme de droit public.

L'histoire se poursuit avec les *Perspectives*, qui vont encore plus loin dans la rencontre. Consacrées à l'« Analyse économique du droit », les *Perspectives* provoquent la rencontre entre deux parfaits étrangers, l'Économie et le Droit, qui représentent à eux seuls deux mondes bien distincts, enclins à explorer leur complémentarité. La rubrique les réunit d'une manière d'autant plus intime que l'analyse économique du droit entend mobiliser les concepts et outils de la discipline économique pour étudier des questions relevant de la sphère du droit. De la pluridisciplinarité on glisse ainsi insensiblement vers l'interdisciplinarité. Et si de cette différence de culture naît la promesse d'un enrichissement, elle suscite également, chez certains, la crainte d'une perte d'identité. Les auteurs des *Perspectives*, venus de France et d'outre-Atlantique, dissipent cette crainte, en révélant la fertilité procurée par le croisement des regards économiques et juridiques.

L'histoire prend fin avec une rencontre peut-être plus orthodoxe, celle de la pratique et de la théorie juridiques. Si la première a souvent une longueur d'avance sur la seconde, cette dernière la rattrape

bien vite, quitte à en freiner les ardeurs. Ainsi, au sein de la rubrique *Rétrospective*, Valérie Lasserre, inspirée par un texte de Malaurie<sup>1</sup>, nous livre son analyse des clauses de *bad leaver*, dont la technique ne lui semble pas tout à fait conforme avec certaines dispositions impératives. La rencontre est donc celle de la pratique sociétaire avec la théorie générale des contrats, mais surtout celle de la liberté contractuelle avec l'impératif de justice. La rencontre tourne ainsi à la confrontation et la pratique est appelée à rendre des comptes.

Ne souhaitant pas toutefois provoquer une nuit blanche chez nos lecteurs – notamment affairistes – ce prologue s'achève sur l'histoire d'une dernière rencontre, plus apaisée. Il s'agit d'une rencontre humaine, celle des rédactrices en chef et des doctorants de divers horizons disciplinaires (droit civil, droit international privé, droit du travail, droit public, philosophie du droit...), qui a donné lieu à la création d'un nouveau Comité de rédaction en chef. Le croisement des regards sera, à n'en pas douter, de nature à nourrir et enrichir l'élaboration des prochains numéros de la *Revue* et renforcer la pluridisciplinarité qui lui est chère. Il ne pouvait donc y avoir de rencontre plus heureuse et harmonieuse et nous remercions très vivement Lucile Agostini-Malaurie, Loïc Bréhin, Florian Carré, Adèle Geoffret, Claire Glenisson, Grégoire Lemarchand-Ghica et Ani Minasian de leur implication nouvelle dans la *Revue*. Nous profitons également de ces dernières lignes pour remercier très sincèrement l'ensemble des membres de la *Revue*, pour leur participation aux relectures ou à la diffusion du présent numéro, ainsi que Cécile Chainais, directrice scientifique de la *Revue*, toujours disponible pour animer et guider les rencontres si fructueuses de notre comité éditorial.

Reste enfin à vous souhaiter à vous, chères lectrices, chers lecteurs, une bonne rencontre – car chaque nouveau numéro est l'occasion d'un nouveau rendez-vous et nous savons que vous y êtes fidèles !

---

1. Ph. Malaurie, « La révision judiciaire de la clause pénale », *Defrénois* 1976, p. 533.

# Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

## Portrait

Hugues Périnet-Marquet, un maître du droit immobilier moderne

*Charles Gijsbers* p. 7

## Projet

La diffusion des données personnelles et la jurisprudence  
Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?

*Sylvain Jobert* p. 14

## Variétés autour du droit

Des chiffres et des lettres, ou de la dénomination des universités parisiennes

*Florian Carré* p. 21

Le droit français de la responsabilité à l'épreuve du clic

*Victor Bordereau et Sébastien Martin* p. 26

## Dossier

La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

Présentation  
*Didier Rebut et Christophe Soulard* p. 32

La place des normes de l'Union européenne en droit pénal

L'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne  
*Édouard Dubout* p. 33

Le rôle de la CJUE dans la construction du droit pénal européen  
*Bernadette Aubert* p. 45

La protection des droits fondamentaux par l'Union européenne  
*Pauline Le Monnier de Gouville* p. 54

Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme dans la garantie des principes du droit pénal

*Marthe Bouchet* p. 69

La référence faite aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne par la chambre criminelle de la Cour de cassation

*Haritini Matsopoulou* p. 81

L'incidence de la mise en œuvre des normes de l'Union européenne

Le règlement sur le gel et la confiscation : révélateur de la légistique européenne

*Raphaële Parizot* p. 93

La décision d'enquête européenne : les difficultés d'application

*Jocelyne Leblois-Happe* p. 102

Propos conclusifs : Réflexions sur l'évolution des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit pénal

*Didier Rebut* p. 114

## Perspectives

Analyse économique du droit

Analyse économique du droit : bilan et prospective

*Yannick Gabuthy* p. 118

Libres réflexions sur l'« École de Montréal »

*Ejan Mackaay* p. 122

Pluralisme et multivalence en analyse économique du droit

*Pierre Larouche* p. 126

De la nécessité du dialogue interdisciplinaire pour repenser l'entreprise

*Bruno Deffains* p. 130

Remettre les incitations au centre de la réflexion juridique

*Régis Lanneau* p. 138

## Rétrospective

Faut-il corriger les abus des clauses  
de *bad leaver* ?

Réflexions autour d'un texte de Philippe  
Maurie sur la liberté contractuelle  
et ses limites, à propos de la révision  
de la clause pénale

Valérie Lasserre

p. 148

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Bernadette AUBERT**, Maître de conférences à l'Université de Poitiers, Membre de l'ISCRim'

**Victor BORDEREAU**, Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Marthe BOUCHET**, Professeure à l'Université Sorbonne Paris Nord – Paris XIII

**Florian CARRÉ**, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Bruno DEFFAINS**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Jeanne de DINECHIN**, Doctorante à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Édouard DUBOUT**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Centre de droit européen

**Yannick GABUTHY**, Professeur en sciences économiques à l'Université de Lorraine, Membre du BETA (CNRS, Université de Strasbourg, Université de Lorraine)

**Mathilde GHEERAERT**, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Charles GISJBERS**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Sylvain JOBERT**, Professeur à l'Université d'Angers

**Régis LANNEAU**, Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre (CRDP, FIDES)

**Pierre LAROUCHE**, Professeur à l'Université de Montréal

**Valérie LASSERRE**, Professeur à l'Université du Mans

**Jocelyne LEBLOIS-HAPPE**, Professeure à l'Université de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental (EA 1351), Directrice de l'Institut d'études judiciaires de Strasbourg

**Pauline LE MONNIER de GOUVILLE**, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Guillaume LEROY**, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Ejan MACKAAY**, Professeur émérite de l'Université de Montréal

**Sébastien MARTIN**, Étudiant à l'École de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Haritini MATSOPOULOU**, Professeur à l'Université Paris-Saclay

**Raphaële PARIZOT**, Professeur à l'Université Paris Nanterre, Codirectrice du Centre de droit pénal et de criminologie

**Cécile PÉRÈS**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directrice du Collège de droit

**Didier REBUT**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

**Christophe SOULARD**, Premier président de la Cour de cassation



# Portrait

---

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un enseignant-chercheur qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

---

## Hugues Périnet-Marquet, un maître du droit immobilier moderne

**Charles Gijbers**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas



**1.** Il est bien des manières de retracer une carrière universitaire, surtout lorsqu'elle est aussi riche et féconde que celle du Professeur Hugues Périnet-Marquet. Un fil directeur paraît, en la circonstance, s'imposer. Il nous est dicté par la discipline même que, de ses premiers pas de doctorant jusqu'à ses dernières réalisations, Hugues Périnet-Marquet n'aura cessé d'étudier et dont on peut dire sans outrance que nul, en France, ne la connaît mieux que lui.

**2.** C'est par la grande porte que Hugues Périnet-Marquet entre dans le droit immobilier puisqu'il consacre sa thèse de doctorat<sup>1</sup> à l'un des phénomènes les plus marquants de son évolution : le contrôle de la possibilité de bâtir par l'autorité publique. Il faut dire que, lorsque la thèse est écrite, l'interventionnisme atteint en France des sommets... Y régnaient en effet deux techniques rigoureuses de limitation de la densité qu'étaient le coefficient d'occupation des sols et le plus récent plafond légal de densité (Loi « Galley » du 31 déc. 1975), au-delà duquel « l'exercice du droit de construire relève de la collectivité » (C. urb., anc. art. L. 112-1). Formule inquiétante qui, rapprochée d'autres manifestations de la tutelle publique sur le droit de construire (en particulier le permis de construire) ainsi que des possibilités – nouvelles ou anciennes – d'en transférer le bénéfice, conduisait Hugues Périnet-Marquet à se demander si l'heure n'était pas venue de reconsidérer la place de cette prérogative dans la conception classique de la propriété privée<sup>2</sup>.

**3.** Cet imposant travail ouvre à son auteur les portes de la carrière universitaire... mais pas encore celles de Paris 2 ! Bien qu'il y fût classé premier *ex aequo* au terme d'une audition menée par un pionnier du droit immobilier, Roger Saint-Alary (qui vient tout juste de publier son *Droit de la construction*), le CNU,

---

1. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, préf. R. Legeais.

2. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, *op. cit.*, p. 320 et s.

qui avait alors le dernier mot sur l'affectation définitive des maîtres assistants, nomma l'impétrant à l'Université de Rennes où il avait également été classé<sup>3</sup>. Il y restera moins de deux années, qui seront consacrées à la préparation du concours d'agrégation. Comme souvent, cette période est propice à l'approfondissement d'autres champs disciplinaires (le droit pénal<sup>4</sup>, le droit de la famille<sup>5</sup>, les quasi-contrats<sup>6</sup>). Elle lui permet également de participer au traditionnel ouvrage qui réunissait à l'époque, autour d'un thème donné et d'un professeur chevronné, plusieurs agrégatifs<sup>7</sup> (parmi lesquels, pour cette édition, rien moins que Laurent Aynès, Hervé Synvet, Hervé Croze, Alain Couret, Philippe Delebecque, Alain Sériaux, et d'autres encore). Ces efforts seront couronnés de succès. Agrégé au concours 1982 sous la présidence de Jean Savatier, il est nommé dans l'Université qui l'a formé et dont il est docteur.

4. Ce « retour aux sources », dont Ripert avait vanté les délices pour les jeunes agrégés<sup>8</sup>, donne au nouveau Professeur de Poitiers le temps d'écrire. De fait, les quinze années qui viennent seront particulièrement prolifiques. Trois moteurs principaux alimentent alors la production doctrinale de Hugues Périnet-Marquet.

5. Il creuse tout d'abord le sillon tracé dans sa thèse, en examinant l'évolution des *règles d'urbanisme* applicables à l'acte de construire. En sortiront plusieurs études importantes, par exemple sur le plafond légal de densité, dont il annonce l'inéluctable déclin (l'avenir lui donnera raison)<sup>9</sup>, sur la demande de permis de construire et la qualité requise pour la présenter (à l'origine d'importants heurts avec les règles civiles, dont il suggère l'aplanissement)<sup>10</sup>, sur le transfert de permis de construire d'un constructeur à un autre (sujet jusqu'alors absent de la littérature juridique)<sup>11</sup>, sur l'acquisition et la cession de terrains dans les zones d'aménagement concerté (qui devait fatalement attirer l'attention de notre auteur en raison de « la confluence en ce domaine de règles de droit de l'urbanisme et de normes de droit civil »)<sup>12</sup>. Florilège auquel il faudrait encore ajouter de nombreux fascicules publiés au Juris-Classeur (v<sup>is</sup> « Certificat d'urbanisme » ; « Fiscalité de l'urbanisme », « Permis de construire », « Plans d'occupation des sols », « Lotissement », etc.) et une chronique annuelle de contentieux de droit de l'urbanisme publiée à l'*Annuaire français de droit de l'urbanisme*<sup>13</sup>.

Surtout, il s'attèle au commentaire critique de la production législative des années 80 et 90, dont il dénonce l'inconstance. Il montre ainsi comment les effets de la grande réforme de la décentralisation (L. 2 mars 1982, L. 7 janv. 1983 et L. 18 juill. 1985), qui transfère un nombre accru de prérogatives vers

---

3. L'épisode est narré par Hugues Périnet-Marquet lui-même : « Pour l'unité du droit immobilier », in *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint Alary*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006, p. 395 et s.

4. H. Périnet-Marquet, « Le cautionnement pénal, un échec remédiable », *D.* 1981, p. 149 et s.

5. H. Périnet-Marquet, « L'action civile familiale », in *Le droit civil de la famille*, PUF, 1982, p. 281 et s.

6. H. Périnet-Marquet, « L'action de *in rem verso* de l'appauvri fautif », *JCP* 1982, I, 3075. Il prépare à la même époque un fascicule sur la répétition de l'indu qui paraîtra l'année suivante : « La répétition de l'indu », *JCL Civil* 1983, refondu en 1991.

7. H. Périnet-Marquet, « La publicité du crédit au consommateur », in I. Fadlallah (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 30 et s.

8. G. Ripert, « Reentrée solennelle de la Faculté de droit de Paris, 15 déc. 1938 », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1939, I, spéc. p. 6 : « Ceux qui ont eu la joie, après le labeur d'une jeunesse constamment studieuse, d'avoir conservé l'ardeur au travail et qui reviennent dans leur province natale goûter le plaisir d'un premier enseignement, qui trouvent un ami dans chaque collègue et le fils d'un ami dans chaque étudiant, se souviennent avec émotion, quand ils sont pris plus tard par les occupations multiples et rapides de Paris, de ces années provinciales, durant lesquelles le travail fut facile dans le calme de la petite ville, où il leur fut donné d'épanouir leur esprit et leur cœur ».

9. H. Périnet-Marquet, « Maturité et déclin du plafond légal de densité », *D.* 1983, p. 229 et s.

10. H. Périnet-Marquet, « La qualité requise pour demander le permis de construire ou le nécessaire retour à l'unité de droit », *JCP* 1985, I, 3207 ; v. égal. « Problèmes actuels de la demande de permis de construire », *Droit et Ville* 1991, n° 32, p. 47 et s.

11. H. Périnet-Marquet, « Le transfert du permis de construire d'une personne à une autre », *Droit et Ville* 1982, n° 13, p. 57 et s.

12. H. Périnet-Marquet, « Acquisition et cession de terrain dans les ZAC », *Droit et Ville* 1993, n° 36, p. 231.

13. Chronique tenue avec son collègue Christian Debouy, dont il sera question plus loin.

les collectivités<sup>14</sup>, ont été aussitôt dilués dans une série de textes qui en ont relativisé les principes : atténuation de la règle de la constructibilité limitée et rétablissement des cartes communales (L. 19 août 1986)<sup>15</sup>, réduction du domaine du droit de préemption urbain et du plafond légal de densité (L. 23 déc. 1986)<sup>16</sup>; renforcement des prérogatives étatiques en vue d'accroître la prise en compte locale des problèmes liés au logement social (L. 13 juill. 1991)<sup>17</sup>; création des directives territoriales d'aménagement offrant à l'État un moyen d'exprimer ses choix stratégiques (L. 4 févr. 1995)<sup>18</sup>. Ces importantes oscillations, observées sur une période relativement courte, subiront les critiques de Monsieur Périnet-Marquet qui, tout en confessant la difficulté de légiférer sur ces matières, spécialement dans la période incertaine et peu lisible que fut celle de la crise immobilière<sup>19</sup>, regrette la précipitation et le manque de cohérence du législateur (qui, dit-il, « fait davantage penser à Pénélope qu'à Descartes »<sup>20</sup>), par exemple lorsqu'il abroge des textes à peine entrés en vigueur (« Le juriste, écrit-il, ne peut qu'être effrayé devant une telle cacophonie législative »<sup>21</sup>) ou lorsque, sous couvert de « simplification », il accuse en réalité la complexité du dispositif existant<sup>22</sup>.

Toujours constructive, cette critique débouchera sur de nombreuses propositions d'amélioration des textes<sup>23</sup>, qui vaudront à Hugues Périnet-Marquet des marques de confiance des milieux les plus autorisés. Il intègre ainsi le comité d'audit du Code de l'Urbanisme constitué en 1991 sous l'égide du Conseil d'État, puis siège, à partir de 1996, au conseil scientifique du GRIDAUH aux travaux duquel il sera très souvent associé par la suite.

**7.** Mais les années de Poitiers ne sont pas dédiées qu'à l'étude du droit de l'urbanisme. Privatiste avant tout, Hugues Périnet-Marquet explore, ensuite, *le droit de la construction*. On ne peut rêver meilleur moment... Les grandes lois fixant la matière ont alors toutes été adoptées ou sont en passe de l'être (L. 16 déc. 1964 relative au bail à construction; L. 3 janv. 1967 relative à la vente d'immeubles à construire; L. 16 juill. 1971 sur le contrat de promotion immobilière et les sociétés de construction vente; L. 30 déc. 1975 sur la sous-traitance; L. 4 janv. 1978 dite sur la responsabilité des constructeurs et l'assurance construction; L. 19 déc. 1990 rénovant le contrat de construction de maison individuelle). Cet ensemble imposant, moins dépendant de considérations politiques que ne l'est le droit de l'urbanisme, est fait d'un matériau législatif suffisamment stable pour se prêter aux constructions prétoriennes et à la systématisation doctrinale. Hugues Périnet-Marquet s'y emploiera d'une double manière.

D'une part, par la rédaction à quatre mains d'un manuel (aux allures de traité...) rassemblant, en un peu plus de mille pages, l'ensemble du droit de l'urbanisme (traité par J.-M. Auby) et du droit privé de la construction (dont se charge Hugues Périnet-Marquet) : par l'ampleur des sujets couverts, l'effort demeure inédit à ce jour; le succès de l'ouvrage (1<sup>re</sup> éd., 1987) appellera de nombreuses rééditions<sup>24</sup>.

- 
14. H. Périnet-Marquet, « Le pouvoir des communes dans le choix des règles d'urbanisme régissant leur territoire », *JCP* 1984, I, 3140; « Le contrôle de la légalité des autorisations d'urbanisme », *Droit et Ville* 1984, n° 17, p. 38 et s.; « Pour une réforme des droits de préemption issus de la loi Aménagement », *RFDA* 1986, p. 332 et s.; « La propriété à l'épreuve de la décentralisation », *D.* 1986, p. 127 et s.; « La réforme des techniques d'aménagement », *Gaz. Pal.* 16-17 mai 1986; « Les limites au choix des communes dans le contenu de leur POS », *Droit et Ville* 1989, n° 27, p. 39 et s.
15. H. Périnet-Marquet, « La réforme de la règle de constructibilité limitée », *Defrénois* 1987, art. 33871.
16. H. Périnet-Marquet, « La relance de l'offre foncière dans la loi Méhaignerie », *RDI* 1987, n° 2, p. 59 et s.; « La réforme du droit de préemption urbain par la loi Méhaignerie », *RFDA* 1987, n° 2.
17. H. Périnet-Marquet, « Les orientations sociales de la loi d'orientation sur la ville », in *Mélanges Savatier*, PUF, 1992, p. 383 et s.; « Droit de la construction et politique foncière », *Droit et Ville* 1993, n° 35, p. 7 et s.
18. H. Périnet-Marquet, « Le nouvel article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme », *RFDA* 1995, p. 905 et s.
19. H. Périnet-Marquet, « Droit de la construction et politique foncière », préc., spéc. p. 20 : « L'adage gouverner c'est prévoir est d'un maniement bien difficile en cette fin de xx<sup>e</sup> siècle ».
20. H. Périnet-Marquet, « Le pouvoir de communes dans le choix des règles d'urbanisme régissant leur territoire », préc., spéc. n° 2.
21. H. Périnet-Marquet, « La réforme de la règle de constructibilité limitée », préc., spéc. p. 150.
22. H. Périnet-Marquet, « L'évolution des autorisations d'urbanisme en 1986 », *Droit et Ville* 1987, n° 23, p. 196 et s. (à propos du rétablissement du régime de déclaration préalable par la loi du 6 janv. 1986).
23. V. en particulier, H. Périnet-Marquet, « Réflexions sur la déréglementation de l'urbanisme », *Droit et Ville* 1985, n° 19, p. 104 et s.; « L'inefficacité des sanctions du droit de l'urbanisme », *D.* 1991, p. 37 et s.
24. V. en dernier lieu, H. Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, Montchrestien, 2020, à laquelle participe désormais R. Noguellou.

D'autre part, par la publication de nombreux articles, commentaires ou rubriques d'encyclopédie sur les divers contrats de construction (bail à construction<sup>25</sup>, contrat d'entreprise<sup>26</sup>, sous-traitance<sup>27</sup>, contrat de promotion immobilière<sup>28</sup>, contrat de construction de maison individuelle<sup>29</sup>, vente d'immeuble à construire<sup>30</sup>) et sur la responsabilité des constructeurs<sup>31</sup>, à laquelle il consacrera en outre une chronique<sup>32</sup> et une monographie<sup>33</sup>. Cette étude minutieuse du droit interne se doublera, à la fin des années 1980, d'une réflexion sur les répercussions que l'avènement du marché unique européen pourrait avoir sur le droit et les acteurs de la construction<sup>34</sup>.

Là encore, cette intense activité de recherche provoquera des sollicitations au plus haut niveau. En 1992, il est nommé expert auprès de la Commission des Communautés Européennes. En 1997, il préside aux travaux de la commission constituée par le ministère de l'équipement sur le champ d'application de l'assurance construction, qui débouchera, plusieurs années plus tard, sur une réforme directement inspirée des conclusions du groupe (Ord. 8 juin 2005<sup>35</sup>).

**8.** Enfin, parce que la règle d'urbanisme et le droit privé de la construction s'épanouissent sur la même toile de fond, celle de la propriété immobilière, Hugues Périnet-Marquet consacre maints travaux au *droit des biens* : plusieurs articles sur la propriété<sup>36</sup> et ses charges<sup>37</sup> puis, à partir de 1992, une chronique « propriété et droit immobilier » bientôt rebaptisée « droit des biens » à la *Semaine juridique* (qu'il alimente aujourd'hui encore...<sup>38</sup>). De cette masse considérable d'écrits ressort une vision avant tout pragmatique de la matière, qui tient notre auteur éloigné de tout dogmatisme comme des quel-elles naissantes. Ainsi, alors que M. Frédéric Zénati vient de livrer une impressionnante charge contre

25. H. Périnet-Marquet, « Le bail à construction », *JCL Bail* 1984.

26. H. Périnet-Marquet, « Contrat d'entreprise », *JCL Entreprise* 1989.

27. H. Périnet-Marquet, « Le fabricant sous-traitant : une hybridation difficile », *JCP* 1989, I, 3399; « Subcontracting in french Law », *International Construction Law Review*, juill. 1991, p. 315; « La sous-traitance en droit privé », *Revue juridique du centre ouest* 1994, p. 11 et s.; « L'impact de l'article 14-1 de la loi du 31 déc 1975 : vers une meilleure sécurité de paiement des sous-traitants », *JCP* 1994, I, 3745; « La responsabilité du maître d'ouvrage privé à l'égard du sous-traitant impayé », *RDI* 1996, p. 159 et s.; « La responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 juin 1996, *JCP* 1996, II, 22715.

28. H. Périnet-Marquet, « Promotion immobilière », *Rép. Civ. Dalloz*, 1995.

29. H. Périnet-Marquet, « Le consommateur maître d'ouvrage : les nouveaux contrats de construction d'une maison individuelle », *CCC* oct. 1991; « La responsabilité du garant de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle », *JCP* 1995, I, 3832; « À propos de la garantie de livraison dans le contrat de construction de maisons individuelles », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 4 oct. 1995, *JCP* 1995, II, 22545; « Chorégraphie pour un ballet infernal : le rôle du garant de l'assureur de dommages et du prêteur dans le contrat de construction de maison individuelle », *JCP* 1995, I, 3892.

30. Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22283 (modification du contenu d'un contrat de réservation de vente d'immeubles à construire et droit de retrait du réservataire).

31. H. Périnet-Marquet, « La réception des travaux – État des lieux », *D.* 1988, p. 287 et s.; « Remarques sur la force de la garantie des constructeurs », *JCP G* 1992, I, 3553; « Les difficultés de l'harmonisation de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance construction », *RDI* 1990, n<sup>o</sup> 1.

32. Chronique trimestrielle d'assurances construction à la *Revue générale des assurances terrestres* (à partir de 1992).

33. H. Périnet-Marquet, *La responsabilité des constructeurs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996.

34. H. Périnet-Marquet, « Le droit de la construction et l'Europe », *RDI* 1988, n<sup>o</sup> 1; « Le droit communautaire de la construction en 1988 », *RDI* 1989, n<sup>o</sup> 1, p. 1 et s.; « La responsabilité des constructeurs en droit communautaire : enjeux et débat », *RDI* 1992, p. 457 et s.; v. égal., « Libertés communautaires », *JCL Entreprise* 1991; « Institutions et sources du droit communautaire », *JCL Entreprise* 1991; « Concurrence, souveraineté et intégration » in *Souveraineté et intégration*, Thémis, Montréal, 1993, p. 94. Cet intérêt pour le droit européen et ses répercussions sur le droit immobilier français ne se démentira pas avec les années : « La directive communautaire sur la jouissance à temps partagé », *RDI* 1995 p. 63; « La transposition de la directive sur l'utilisation à temps partiel de droit immobilier », *RDI* 1998, p. 591 et s.; v. égal., « L'impact de la proposition de directive Bolkenstein sur le droit de la construction », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 483 et s.

35. H. Périnet-Marquet, « L'ordonnance du juin 2005 sur l'assurance construction », *Mon TP* 15 et 22 sept. 2005.

36. H. Périnet-Marquet, « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », *Thémis* 1990, vol. 24, n<sup>o</sup> 3 p. 552 et s.; « La propriété à géométrie variable », in *La propriété, un droit inviolable et sacré*, ADEF 1991; « Les apports de la déclaration de l'an I au droit contemporain de la propriété », in *Les déclarations de l'an I*, PUF, 1995; « La protection des biens culturels », *RIDC* 1990, p. 789 et s.

37. H. Périnet-Marquet, « Distances entre les plantations et servitudes de cour commune », *JCL Civil*, art. 674, 1988; « Définition des servitudes », *JCL Civil* 1993; « Clôture forcée », *JCL Civil* 1992; v. égal., « Le droit français de la responsabilité civile en matière d'environnement », in *L'environnement à quel prix ?*, Thémis, Montréal, 1995.

38. La première livraison a lieu en 1992. Il y en aura plus de cinquante, soit plus de cinq cent décisions analysées.

la conception traditionnelle de la propriété, qui devait fracturer durablement la doctrine, Hugues Périnet-Marquet se gardera bien d'entrer dans la mêlée. Non qu'il craigne les coups ni qu'il répugne à jongler avec les concepts, mais à condition que cela en vaille la peine, autrement dit qu'il en résulte des conséquences pratiques<sup>39</sup>, lesquelles n'apparaissent pas évidentes lorsqu'il s'agit de résoudre les problèmes que soulève le droit immobilier moderne. D'où, en contrepoint, l'accueil très favorable qu'il réserve aux écrits du doyen Savatier sur la propriété en trois dimensions, qui livre la clef théorique du phénomène aujourd'hui répandu de la division en volumes<sup>40</sup>.

**9.** Mais l'on ne donnerait qu'un aperçu tronqué de cette première partie de carrière si l'on n'en retenait que l'image de l'auteur méditant dans sa bibliothèque. L'investissement de l'universitaire égale en effet celui du chercheur. On croit même pouvoir dire que, dans l'ordre des priorités, c'est l'Université d'abord... Ainsi, trois ans à peine après son arrivée à Poitiers, Hugues Périnet-Marquet crée, avec son collègue publiciste Christian Debouy, un DESS de droit de l'urbanisme et de la construction<sup>41</sup> dont il conçoit l'enseignement suivant l'idée qu'il se fait du droit immobilier : une formation pluridisciplinaire (mêlant droit privé et droit public) et tournée vers des applications concrètes (d'où un fort lien tissé avec les milieux professionnels). Le même duo fonde, dans la foulée et suivant les mêmes principes, l'Institut de Droit de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Aménagement du Territoire (IDUCA)<sup>42</sup>. En outre, de 1988 et jusqu'à son départ de Poitiers, il occupe les fonctions d'assesseur puis de premier assesseur du Doyen de la faculté et accepte, en parallèle, d'intégrer le CNU en 1996. Là où d'autres fuient les responsabilités et servitudes académiques, Hugues Périnet-Marquet les accepte avec enthousiasme, organisant le rythme de sa vie professionnelle autour de la faculté. Pendant toute cette période, il ne s'en éloignera d'ailleurs que pour de brèves absences : cours à Nimègue et Fribourg, invitation comme *international visitor* aux États-Unis ; conférences à Sapporo, Tokyo, Kyoto, Montréal, Varsovie ; participation à de nombreux colloques, etc.

**10.** Le profond attachement à sa ville et à sa faculté ne suffira pas cependant à l'y retenir. Il est muté à l'Université Panthéon-Assas en septembre 1998 (il a alors 46 ans), où il est appelé à succéder à cet autre maître du droit immobilier, le regretté Philippe Malinvaud. Le passage de flambeau aura lieu en 2002 : Hugues Périnet-Marquet recueille alors la direction du DESS de droit immobilier et de la construction, celle du Centre d'Études et de Recherche sur la Construction et le Logement (CERCOL) ainsi que la présidence de l'Association Française pour le droit de construction<sup>43</sup>. Autant de responsabilités nouvelles qui, couplées à la satisfaction d'un recrutement prestigieux dans une vénérable maison, auraient pu conduire à un ralentissement des publications. Il n'en sera rien.

Aussitôt nommé à Paris 2, il accepte deux nouvelles chroniques (qui s'ajoute aux trois premières...)<sup>44</sup> et maintient intacte la vigueur de sa production doctrinale. Il est impossible de tout énumérer : notes, articles, rapports, fascicules, participation à des ouvrages collectifs, etc. Grâce à cet énorme labeur personnel et à une grande facilité d'écriture, Hugues Périnet-Marquet reste à la pointe de sa discipline et des problèmes nouveaux qui la renouvellent. Il poursuit ainsi le patient travail d'exégèse des

39. V. déjà, dans sa thèse, *Le droit de construire*, op. cit., p. 329 : « La définition nouvelle que nous allons présenter n'est pas une spéculation théorique sans incidences concrètes ».

40. V. *infra*.

41. Devenu Master, aujourd'hui dirigé par Isabelle Savarit-Bourgeois et Marianne Faure-Abbad.

42. Plusieurs colloques seront ainsi organisés par l'IDUCA, par exemple, en 1985, sur les techniques d'aménagement (publiée à la *Gaz. Pal.* 16-17 mai 1986) ou, en 1989, sur les problèmes actuels du droit des POS (publié dans *Droit et Ville* 1989, n° 27, p. 9 et s.).

43. Dont Philippe Malinvaud demeurera le président d'honneur.

44. L'une au *Defrénois*, consacrée au droit notarial de la construction ; l'autre à la *Revue de droit immobilier* sur la sous-traitance.

réformes du droit immobilier (loi SRU<sup>45</sup>, loi ENL<sup>46</sup>, réforme du droit des lotissements<sup>47</sup>, loi ALUR<sup>48</sup>, loi ELAN<sup>49</sup>, etc.), ce qui n'est pas rien à une époque où la machine législative, qui croit pouvoir tout régler (crise du logement, étalement urbain, réchauffement climatique, etc.), s'est dangereusement emballée. La plume n'est pas toujours tendre avec les réformateurs dont il dénonce les formules creuses (la « mixité », le « mieux-vivre », etc.) autant que les objectifs contradictoires : construire davantage de logements tout en limitant l'artificialisation des sols ; renforcer les normes de construction tout en limitant le coût de l'accession à la propriété ; etc.<sup>50</sup>

Là encore, cette (hyper)activité savante n'a pas lieu au détriment de l'Université. Outre les charges « ordinaires » qui, dans le cas de Hugues Périnet-Marquet, pourraient remplir à elles seules l'agenda (direction de nombreuses thèses, participation à des jurys, etc.), il prend une part active à la vie de l'institution : il conservera ainsi un siège au conseil d'administration pendant seize ans (!), présidera la commission d'instruction de la section disciplinaire, dirigera le département de droit privé et sera délégué scientifique auprès de l'agence d'évaluation pour l'enseignement supérieur et la recherche. Toujours ouvert aux idées neuves, il donne son appui à divers projets et notamment à l'idée audacieuse de créer un nouveau diplôme d'université, exclusivement en langue anglaise, sur les contrats internationaux de construction, qui connaîtra un très grand succès...

**11.** Poitiers, Paris ; le temps passe, l'expérience grandit. Hugues Périnet-Marquet aborde son dernier tiers de carrière. Son œuvre imposante dans tous les compartiments du droit immobilier en fait désormais le prince de la discipline. Sans qu'il ne sollicite rien, plusieurs hommages successifs viendront consacrer la place qu'il tient à présent au sein de la doctrine : préfacier très sollicité<sup>51</sup>, directeur de revues<sup>52</sup>, expert associé aux réformes importantes<sup>53</sup>... C'est aussi à lui que revient désormais le redoutable privilège de conclure les nombreux colloques et congrès auxquels il est convié. Servies par une vaste culture et un sens aigu de la formule, ces synthèses – un modèle du genre – toujours captivent l'auditoire (et souvent le subjuguent...).

N'est-ce pas d'ailleurs l'exercice qu'il affectionne le plus à présent ? Si Hugues Périnet-Marquet n'a jamais perdu le goût de la technique, les larges liaisons qu'il est capable d'opérer au sein du vaste continent du droit immobilier le conduisent désormais à des réflexions générales sur l'unité de la discipline, les forces qui y sont à l'œuvre et ses destinées. Il y consacra plusieurs articles<sup>54</sup> et mettra « en

45. H. Périnet-Marquet, « Premier regard sur la loi SRU », *JCP G* 2001, p. 233 et s. ; « L'impact de la loi SRU sur la vente immobilière », *JCP N* 2001, I, p. 533 ; « Les autres législations concourant au renouvellement urbain », *Droit de l'aménagement* 2001, p. 239 ; « Le champ d'application des droits de rétraction et de réflexion offert à l'acquéreur immobilier », *JCP* 2002, I, n° 26, 1390.

46. H. Périnet-Marquet, « Trois difficultés d'interprétation de la loi ENL », *Constr. Urb.* oct. 2006, p. 5 et s. ; « La vente d'immeubles à rénover », *RDI* 2006, p. 329 et s. ; « Le décret sur la vente d'immeubles à rénover », *RDI* 2009, p. 80 et s.

47. H. Périnet-Marquet, « Lotissements, division de l'immeuble après la réforme de 2007 », *DAUH* 2007, p. 91 et s. ; « Les autorisations de construire ou d'aménager à plusieurs », *Constr. Urb.* 2008, chr. n° 6.

48. H. Périnet-Marquet, « Accès au logement et urbanisme rénové », *JCP G* 2014, 441 ; « Synthèse du colloque sur le dispositif Duflot », *Dr. et pat.*, n° 237, juin 2014, p. 84 et s. ; « Un an de pratique notariale de la loi ALUR », *Deffrénois* 2015, p. 564 et s.

49. H. Périnet-Marquet, « Propos conclusifs au colloque de l'AFDCI sur la loi Elan », *RDI* 2019, p. 52 et s.

50. V. par ex., « Propos conclusifs », *RDI* 2020, p. 47 et s.

51. Il préface notamment : *Risques et assurances construction* de J. Bigot et M. Perrier ; *Changements d'usage des locaux d'habitation* de G. Daudré et P. Wallut ; *Le nouvel ordre urbanistique* de S. Pérignon ; *Les baux d'habitation après la loi ALUR* de P. Pelletier et S. Fraiche-Dupeyrat ; *Le syndic de copropriété* par P.-E. Lagrault ; *Le bail réel solidaire* par Etude Cheuvreux ; etc.

52. Il dirige la revue *Construction Urbanisme*, le juriste *Construction urbanisme*, et le conseil scientifique de la revue *Actes pratiques et ingénierie immobilière*.

53. Il participe ainsi à la réflexion sur la réforme du contentieux de l'urbanisme (2004) sur les résidences services (2005), sur la vente d'immeubles à rénover, la garantie intrinsèque et extrinsèque (2007-2011), sur la réforme de la publicité foncière (2019). Il présidera en outre le groupe de travail de l'association Capitant sur la réforme du droit des biens (2006-2008) et le groupe de travail sur la copropriété (2016-2019).

54. H. Périnet-Marquet, « Le droit de la construction à la fin du xx<sup>e</sup> siècle existe-t-il ? », in *Études offertes à Pierre Catala*, LGDJ, 2001, p. 669 et s. ; « Code civil et droit de l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 459 et s. ; « Pour l'unité du droit immobilier », in *Mélanges à la mémoire du professeur Roger Saint Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 395 et s. ; « Le changement en droit immobilier », *Revue de droit d'Assas*, n° 10, févr. 2015, p. 149 et s. ; « Où en est le droit français de la construction ? », in *Mélanges Chao Duvis*, IBR 2019, p. 309 et s. ; « Le droit de la construction est-il pertinent ? », in *Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, Faculté de droit de Poitiers, 2019 ; « Plaidoyer pour le droit immobilier », in *Mélanges en l'honneur de Corinne Saint Alary Houin*, LGDJ, 2020, p. 447 et s.

pratique » cette vision transversale dans un enseignement de troisième cycle qu'il créé « sur-mesure » : un cours modestement intitulé « promotion immobilière » qui, s'ouvrant par une promenade dans les rues du quartier latin au cours de laquelle il narre aux nouveaux étudiants l'histoire immobilière de Paris, examine tout au long de l'année les grandes étapes d'une opération, depuis l'acquisition du terrain jusqu'à la commercialisation de l'immeuble. L'objectif est moins de tendre à l'exhaustivité (comment y prétendre désormais ?) que de faire sentir à un jeune public sur le point d'intégrer le monde professionnel la vanité des cloisons académiques.

**12.** C'est sans doute un tableau très incomplet que nous brossons ici. Deux aspects, plus confidentiels, en ont été omis.

On n'a rien dit, d'une part, de l'activité de consultant. L'opinion de Hugues Périnet-Marquet est pourtant très souvent sollicitée sur les difficultés nouvelles auxquelles se heurte la pratique, ce qui est une autre manière pour lui de contribuer au progrès du droit. Parmi tant d'exemples, citons le concours décisif qu'il eût dans le développement de la technique de l'usufruit locatif, par la suite consacrée par le législateur. Ajoutons que, lorsqu'elles interviennent en cours de procès, les consultations de Hugues Périnet-Marquet sont réputées pour leur grande éthique : jamais il n'abuse de son autorité scientifique pour « en parer une opinion manifestement orientée »<sup>55</sup>.

Ce portrait, d'autre part, est tout entier consacré au professeur, mais ne dévoile rien de l'homme, dans la vie duquel le droit n'occupe pourtant pas toute la place. Mais que dire ici qui ne soit déjà connu de tous ? La discrétion, la courtoisie, l'érudition du Professeur Périnet-Marquet auront immanquablement frappé ceux, étudiants, collègues ou professionnels, qui ont eu le plaisir de le côtoyer. Mais il y a tout le reste, c'est-à-dire l'essentiel, sur lequel on ne détient que des bribes : une épouse avec qui il partage notamment sa passion de l'histoire, de la peinture, de l'opéra, leurs trois filles désormais installées, plusieurs petits-enfants, une maison accueillante en Poitou où la famille se rassemble. Chercher à compléter ces quelques fragments sur la vie de notre aîné était bien sûr possible, mais au risque de blesser sa pudeur. Le risque n'a pas été pris.

**13.** Aussi notre dernier mot sera-t-il consacré au juriste et à son avenir. Après tant d'occupations laborieuses et de succès, l'heure n'est-elle pas venue pour le maître de goûter à un repos légitime ? Les douze premiers mois de son éméritat autorisent à en douter : des colloques dans toute la France, un cours conservé au « Panthéon », sa réélection à la présidence de l'AFDCI, un mandat renouvelé à la tête du Conseil National de la Transaction et de la Gestion Immobilière, la direction de plusieurs thèses, des consultations nombreuses... Le plaisir est manifestement resté intact d'exercer une profession aux mille facettes, qui se joue volontiers d'une quelconque limite d'âge imposée par voie de décret. Lors d'une cérémonie que nous organisons il y a peu pour témoigner notre estime au Professeur Périnet-Marquet et où était évoquée la perspective de *Mélanges* en son honneur, il repoussait poliment non le principe mais l'échéance d'un tel hommage et, pour toute réaction au récit de son extraordinaire carrière, se contentait de nous répondre : « Je n'ai fait que mon métier ! »

---

55. M. Grimaldi, « Le plus beau métier du monde », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Baudouin*, Édition Yvon Blais, 2012, p. 1161 et s., spéc. p. 1170.

# Projet

---

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point de voir le jour ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

---

## La diffusion des données personnelles et la jurisprudence Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?

**Sylvain Jobert**

Professeur à l'Université d'Angers

**E**ntretien effectué par **Guillaume Leroy**, maître de conférences à l'université Paris-Panthéon-Assas, à l'occasion de la publication, en juin 2022, du rapport intitulé *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, rédigé sous la direction des professeurs Loïc Cadet et Cécile Chainais et du président de chambre à la Cour de cassation Jean-Michel Sommer, dont le professeur Sylvain Jobert a été corapporteur avec Estelle Jond-Necand, conseillère référendaire.

*Le rapport (volume 1) est disponible à l'adresse suivante, accompagné de ses annexes (volume 2) : <https://www.courdecassation.fr/publications/autre-publication-de-la-cour/la-diffusion-des-donnees-decisionnelles-et-la>.*

**Guillaume Leroy (G.L.) – Quelles raisons ont conduit à la mise en place d'un groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence ?**

**Sylvain Jobert (S.J.)** – Au commencement se trouvent deux phénomènes contemporains, encore loin d'être achevés. D'un côté, l'*open data* des décisions de justice, initié par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui permettra à terme, selon un calendrier fixé par arrêté du 28 avril 2021, la diffusion de l'ensemble des décisions des juridictions judiciaires et administratives rendues publiquement. De l'autre, la mise à disposition, par les éditeurs juridiques et les *LegalTech*, d'outils algorithmiques d'aide à la décision susceptibles de maîtriser la somme considérable d'informations ainsi rendue disponible. Ensemble, ces éléments donnent à voir un horizon qu'évoque la lettre de mission



rédigée par la première présidente de la Cour de cassation et le procureur général près la Cour : « L'accès aux décisions de l'ensemble des juridictions permettra de connaître, pour chaque question de droit, la réponse apportée par toutes les juridictions ».

Du point de vue de la Cour de cassation, une question toute prospective peut alors se poser : comment les réponses apportées par les juridictions du fond auront-elles vocation à s'articuler avec celles qu'elle-même peut apporter en sa qualité de plus haute juridiction de l'ordre judiciaire ? Les décisions des juges du fond auront-elles vocation, dans ce contexte renouvelé, à acquérir une portée jurisprudentielle plus grande, au point de pouvoir venir concurrencer celles de la Cour de cassation ? Faudrait-il alors penser à nouveaux frais le rôle de la Cour de cassation ? Au-delà, quels seront les enjeux concrets de ces possibles évolutions pour les praticiens du droit ? Ce sont ces interrogations au croisement de la théorie du droit, des institutions judiciaires et du droit du procès qui ont suscité la création du groupe de réflexion, afin d'envisager dès à présent les difficultés qui pourraient se produire à l'avenir.

### **G.L. – Quelle démarche a été suivie par le groupe de réflexion pour mener à bien sa mission ?**

**S.J.** – Conscient que la mission confiée invitait à se saisir de questionnements à la fois théoriques et pratiques, le groupe de réflexion a fait le choix de solliciter l'expertise d'universitaires et de praticiens d'horizons différents. Certes, la composition du groupe reflétait elle-même cette double dimension (outre ses présidents et rapporteurs, le groupe était constitué de représentants des chefs de la Cour de cassation, d'une représentante du parquet général de la Cour de cassation, d'un représentant de la conférence des premiers présidents des cours d'appel, d'un représentant de la conférence des présidents de tribunaux judiciaires), mais la richesse du thème abordé commandait de recueillir l'avis d'un plus vaste panel. Ainsi, du mois de septembre 2021 au mois d'avril 2022, les discussions du groupe ont été alimentées par les réflexions de nombreux universitaires (historiens du droit, privatistes, publicistes, spécialistes de théorie du droit ou de droits étrangers), de représentants des avocats, des *LegalTech*, des magistrats ou encore des acteurs de la formation des praticiens à l'école nationale de la magistrature et à l'école de formation professionnelle des barreaux. Chaque audition a fait l'objet d'un compte rendu dressé avec soin par Mme Anna Mourao, juriste-assistante à la Cour de cassation ; des contributions écrites, dont chacun pourra prendre connaissance en lisant les annexes du rapport, sont également venues nourrir nos débats.

La diversité des professionnels du droit entendus traduit également la volonté du groupe de travail de ne pas s'enfermer dans une conception de la jurisprudence, et de s'instruire de la pratique pour mieux appréhender ce phénomène éminemment complexe et son devenir. Cette méthode a semblé d'autant plus adaptée au groupe de réflexion que la question de la « jurisprudence » des juges du fond, au cœur du rapport, restait peu traitée ; à cet égard, mieux saisir comment les acteurs de la justice perçoivent effectivement la jurisprudence constituait une porte d'entrée pertinente pour saisir ce qu'elle peut aujourd'hui recouvrir dans la pratique quotidienne des juridictions. Cela explique au reste une dernière singularité de la démarche suivie dans ce rapport : interrogé sur *l'avenir* de la jurisprudence, le groupe de réflexion a pris le parti, dans un premier temps, de dresser un état des lieux de la diffusion des données décisionnelles et de la jurisprudence, préalable nécessaire pour pouvoir esquisser des perspectives dans un second temps.

### **G.L. – Que révèle précisément cet état des lieux de la diffusion actuelle des décisions des juridictions du fond ?**

**S.J.** – Il montre, en somme, qu'un bon nombre de décisions des juridictions du fond faisait l'objet d'une certaine diffusion, spécialement auprès des juristes, et ce bien avant la mise en place de *l'open data* des décisions judiciaires d'appel, au printemps dernier. Ainsi, non seulement la base de données « JuriCA » (comprenant les décisions d'appel rendues en matière civile, sociale et commerciale) mettait ces décisions à la disposition des juridictions, mais elle était parfois accessible aux universitaires au titre de partenariats, et ouverte aux abonnés du « fonds de concours » de la Cour de cassation, parmi lesquels plusieurs éditeurs juridiques. Aussi, ces décisions étaient en vérité accessibles d'assez longue

main à toute personne abonnée aux bases de données de ces éditeurs, c'est-à-dire à un nombre important de juristes.

Surtout, le rapport met en lumière une grande diversité de modes de diffusion des décisions du fond, qui permettent d'ores et déjà la connaissance des décisions de première instance. À cet égard, entre magistrats, de telles décisions peuvent être diffusées via des listes de discussion très utilisées, regroupant des spécialistes d'une même matière. Par ailleurs, il existe dans d'assez nombreuses juridictions des « bibles de majeures », des blocs de motivation, des trames de rédaction, dont la finalité est de faciliter la rédaction des décisions; ces instruments, qui sont souvent le reflet de décisions précédemment rendues par la juridiction, participent d'une certaine façon à leur diffusion. Mais d'autres modes de diffusion permettent d'atteindre une audience bien plus large : la doctrine participe bien sûr à la connaissance des décisions du fond par ses commentaires, voire par l'existence de chroniques dédiées; il existe également dans certains domaines – tel celui de la propriété intellectuelle – des bases de données parfois très complètes; les réseaux sociaux contribuent à la diffusion des premières décisions rendues dans quelques contentieux fameux (on pense, il y a de cela quelques années, aux décisions concernant la conventionnalité du barème dit « Macron », ou plus récemment aux décisions relatives aux contrats d'assurance des restaurateurs dans le contentieux lié à la pandémie). En somme, notamment à l'égard de certains publics informés, il n'est pas certain que l'*open data* des décisions de justice conduise toujours à rendre visibles des décisions qui étaient auparavant absolument méconnues.

***G.L. – On pourrait presque en déduire, à la description de cet état des lieux, que l'open data des décisions de justice ne changera pas tant de choses que cela...***

**S.J.** – Ce serait se méprendre sur l'étendue actuelle de la diffusion des décisions des juridictions du fond : déjà bien réelle, elle reste néanmoins hétéroclite et ne donne qu'une vue fragmentaire des décisions rendues, spécialement de celles des juridictions de première instance. Dans de nombreux domaines, cette diffusion est tributaire de l'initiative de quelques-uns des acteurs de la communauté juridique, ce qui peut paraître insatisfaisant, ne serait-ce que d'un point de vue universitaire. L'*open data* constituera à cet égard une évolution majeure, en offrant un panorama complet des décisions rendues, actualisé régulièrement d'un nombre considérable de décisions nouvelles.

***G.L. – Néanmoins, les décisions déjà diffusées – notamment celles des juridictions du fond – sont de celles qui ont une portée normative importante. Est-ce à dire que, du point de vue normatif cette fois, l'open data ne modifiera guère les choses ?***

**S.J.** – Effectivement, lorsque l'on s'intéresse aux décisions des juridictions du fond auxquelles les professionnels du droit prêtent en pratique une portée jurisprudentielle, il apparaît qu'un certain nombre d'entre elles sont déjà diffusées. Cela s'explique bien. D'une part, le signalement d'une décision (qui commence par sa diffusion, spécialement pour les décisions des juridictions du fond qui ne font pas toutes l'objet d'une large publicité) est un facteur qui participe de la portée jurisprudentielle d'une décision de justice; en ce sens, il n'y a rien que de très naturel à ce que l'on observe la diffusion des décisions importantes : elles sont importantes notamment parce qu'elles sont connues. D'autre part, la place qu'occupe une juridiction dans l'ordre judiciaire influe à l'évidence sur la portée jurisprudentielle des décisions qu'elle rend, phénomène que l'on observe classiquement pour les décisions de la Cour de cassation, mais qui vaut aussi, dans une moindre mesure, pour les décisions rendues par les cours d'appel. Or comme évoqué à l'instant, les décisions rendues par les cours d'appel étaient largement diffusées avant l'*open data*.

Il n'en reste pas moins que certaines décisions rendues par les juridictions de première instance, qui toutes ne sont pas diffusées, ont leur importance d'un point de vue jurisprudentiel. D'aucunes font déjà l'objet d'une diffusion, en partie : ainsi des décisions de certaines chambres spécialisées (on pense de nouveau à la propriété intellectuelle et à la troisième chambre du tribunal judiciaire de Paris par exemple), ainsi de décisions rendues dans des contentieux nouveaux faisant l'objet d'une attente particulière de la part de la communauté juridique (on pense encore au barème dit « Macron », au contentieux des assurances lié à la pandémie, etc.). Toutefois, ce type de décisions n'est pas toujours exhaus-

tivement diffusé ; en outre, d'autres ne font pas l'objet de tant d'attention, bien qu'elles présentent un intérêt véritable. Il en va notamment des décisions rendues dans des contentieux échappant par nature au contrôle de la Cour de cassation, pour la raison que le pourvoi y est fermé ou qu'y est en jeu une question laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans de tels domaines, l'*open data* permettra de mieux connaître les décisions rendues et pourrait augmenter d'autant leur portée. Au-delà, pourraient être rendues visibles des décisions convergentes des juridictions du fond dans l'ensemble des domaines évoqués, ce qui est important car l'effet de nombre participe aussi du phénomène jurisprudentiel.

**G.L. – Le rapport propose de faire de Légifrance un vecteur de diffusion des seules décisions de la Cour de cassation qui auraient une portée normative (p. 79). Cette proposition n'induit-elle pas un risque, à savoir celui de continuer à alimenter un modèle hiérarchique qui mènerait d'une certaine manière à annihiler les opportunités offertes par l'*open data* ? Autrement dit, comment éviter que l'observateur ou le praticien se retrouve in fine face, d'un côté, à un « fourre-tout » inexploitable (le contentieux), lequel serait publié intégralement sur Judilibre, et d'un autre côté à la sélection fine opérée en amont par la Cour régulatrice, laquelle serait publiée sur Légifrance, qui deviendrait la seule ressource véritablement exploitable ?**

**S.J.** – Prises ensemble, les recommandations formulées dans le rapport ont précisément vocation à rendre plus lisible le système qui existe actuellement, et non à faire de Légifrance un jardin à la française qui se distinguerait d'un Judilibre, jardin à l'anglaise où les décisions s'entremêleraient de manière indifférenciée.

Tels qu'ils se présentent actuellement, les deux instruments – Légifrance et Judilibre – souffrent de défauts, particulièrement du point de vue des décisions des juridictions du fond qu'ils permettent de consulter, et leur coexistence n'a sans doute pas été suffisamment pensée. D'un côté, Légifrance, constitué à partir de la base de données « Jurinet », offre un accès à des décisions des juridictions du fond qui devraient présenter un « intérêt particulier », mais qui ne font pas, dans les faits, l'objet d'un réel filtrage fondé sur ce critère. Aussi le « service public de la diffusion du droit » comporte-t-il des décisions dont l'apport au droit est pour le moins inégal. D'un autre côté, Judilibre devrait permettre, à terme, de consulter l'ensemble des décisions des juridictions du fond, par principe sans sélection mais également sans distinction des décisions entre elles, au regard de leur importance respective.

Précisément afin d'éviter le risque que vous discernez à juste titre – celui de reconstituer un système binaire qui présenterait simplement d'un côté le bon grain de la jurisprudence de la Cour de cassation et de l'autre l'ivraie des décisions des juridictions du fond –, les recommandations du rapport proposent de mieux structurer ces deux espaces de diffusion qui cohabitent au titre de la loi. À cette fin, non seulement Légifrance serait cantonné à la diffusion des arrêts rendus par la Cour de cassation, mais il est surtout proposé de distinguer les décisions sur Judilibre en fonction de différents critères (distinction selon la place de la juridiction dans la hiérarchie judiciaire, selon sa spécialisation, selon que la décision soit rendue dans un contentieux échappant au contrôle de la Cour de cassation, etc.), de sorte que soient mises en valeur de façon nuancée les décisions les plus importantes et que l'application Judilibre soit précisément plus exploitable. Au reste, le rapport s'attache à formuler plusieurs recommandations relatives à la formation des juristes, avec pour but, notamment, que les praticiens comme les universitaires s'approprient ce Judilibre « nouvelle manière » et puissent exploiter ses précieuses ressources.

**G.L. – La mise en place d'une politique de hiérarchisation des décisions rendues par les juridictions du fond ne risquerait-elle pas de mener paradoxalement les juridictions d'appel à se comporter comme autant de cours de cassation locales ? Il est à ce titre envisageable qu'à l'avenir, les avocats aient vocation à convaincre le juge d'appel essentiellement à partir de ses propres précédents (dont ils connaîtront désormais la valeur de manière « panoramique »). Comment éviter, dans cette perspective, le risque que les juridictions d'appel soient amenées à justifier (même implicitement) leurs arrêts seulement à partir de leur propre jurisprudence, contribuant ainsi à couper le lien hiérarchique qui les lie à la Cour de cassation ? Comment éviter que l'effet de précédent ne débouche sur l'intensification d'un possible effet de rébellion ?**

**S.J.** – La probabilité qu'un tel risque survienne en raison de la seule hiérarchisation des décisions rendues par les juridictions du fond doit sans doute être relativisée.

D'abord, il faut bien comprendre que la valorisation des décisions des juridictions du fond proposée dans le rapport ne conduit pas à une simple distinction binaire entre les décisions importantes et celles qui ne le sont pas, ce qui laisserait à penser aux cours d'appel, par exemple, que les décisions importantes qu'elles peuvent rendre valent celles de la Cour de cassation. Au contraire, les recommandations du rapport proposent la mise en œuvre d'une valorisation *graduée*, dans laquelle le critère hiérarchique a une importance première.

Cela étant précisé, on peut ensuite penser que, dans les nombreux domaines où un pourvoi en cassation peut être formé, le principe hiérarchique qui gouverne de longue date le modèle français continuera de produire ses effets et d'inciter les juridictions du fond à s'inscrire dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Se pose enfin la question des contentieux échappant par nature au contrôle de la Cour de cassation. En la matière, il n'est pas certain que la hiérarchisation des décisions rendues par les juridictions du fond jouerait un rôle majeur, sinon de clarification. En effet, d'ores et déjà, de telles « jurisprudences locales » peuvent exister. Les auditions conduites auprès des praticiens l'ont bien montré : avocats comme magistrats sont dans ce cas attentifs aux décisions qui ont pu être rendues précédemment par la juridiction saisie ou par celle qui aura à en connaître en appel. Certes, l'*open data* assorti d'une valorisation des décisions importantes pourrait parfois accentuer cette tendance, mais il offrira aussi et surtout le moyen de la contrebalancer : une recherche bien conduite par les acteurs judiciaires pourra faire ressortir des tendances contraires se dégageant devant d'autres juridictions du fond, qui pourront nourrir les conclusions des avocats et les décisions des juges du fond dans le cadre d'un débat contradictoire, spécialement si était parallèlement mise en œuvre la proposition faite par le rapport de permettre au juge de citer dans sa propre décision d'autres décisions de juridictions du fond.

**G.L. – La montée en puissance des outils de « justice prédictive » fait craindre que la jurisprudence se fige et se sclérose. Cependant, dès l'instant où il est admis que la Cour de cassation, de même que le Conseil d'État, se conforme usuellement à sa propre jurisprudence – sauf raison exceptionnelle la conduisant à opérer un revirement de jurisprudence –, dans quelle mesure est-il raisonnable d'affirmer que la justice prédictive est susceptible de transformer véritablement le raisonnement juridique ?**

**S.J.** – Il me semble que la crainte exprimée d'une « sclérose de la jurisprudence » en raison du développement de l'*open data* et des outils algorithmiques vaut moins pour la Cour de cassation qu'au regard du comportement que pourraient adopter les juges du fond, confrontés à cette évolution. Aujourd'hui, précisément parce que toutes les décisions des juridictions du fond ne sont pas aisément accessibles, lorsqu'une question de droit nouvelle se pose à un juge, ce dernier construit une motivation originale, au sens neutre de ce terme, alimentée par les arguments développés par les parties, par sa réflexion propre. Le risque est qu'en rendant visibles les décisions ayant déjà tranché la question de droit posée au juge, celui-ci soit enclin pour diverses raisons (et notamment, dans le contexte actuel, dans un souci de plus grande productivité) à se conformer aux décisions précédemment rendues qu'il trouverait. Si l'on veut bien admettre avec Catala que la sève du droit nouveau monte des juridictions du terrain, on peut redouter qu'à l'avenir cette sève soit moins riche et nourrisse peu la juridiction

faïtière. Pour cette raison, outre l'incitation à faire ressortir davantage les décisions des juridictions du fond relevées pour mieux les discuter, le rapport développe plusieurs recommandations en insistant sur la formation – tant initiale que continue – des acteurs de la justice.

**G.L. – La recherche de la cohérence jurisprudentielle « à tout prix » ne peut-elle pas paradoxalement aboutir à un résultat (la jurisprudence mécanique ?) a priori contraire à l'objectif visant à prévenir le conformisme jurisprudentiel ?**

**S.J.** – Indiscutablement, en matière de jurisprudence, il est difficile de tenir la ligne de crête entre l'exigence de sécurité juridique qui commande la stabilité et la nécessaire évolution du droit.

Il vient d'en être question, le rapport formule plusieurs recommandations qui tendent à éviter que l'*open data* soit l'occasion du développement d'un conformisme, de sorte que les décisions précédemment rendues par les juridictions du fond ne soient pas suivies automatiquement. Pour autant, cela ne signifie pas que le groupe de réflexion a entendu prôner le plus grand désordre parmi les décisions rendues par les juridictions du fond. Au contraire, dans le même temps, un souci de cohérence a été mis en avant. Le risque est en effet qu'à la faveur de l'*open data* apparaissent au plein jour des divergences d'interprétation de règles par plusieurs juridictions (voire par une même juridiction) que l'on pourrait parfois mal s'expliquer et qui nourriraient un sentiment d'injustice. D'où la recommandation par exemple d'inviter les juges du fond à développer la motivation de leur décision dès lors que celle-ci conduit à interpréter un texte d'une manière qui s'écarte manifestement de décisions rendues antérieurement.

Cette recommandation ne pourrait-elle pas, par exemple, conduire au conformisme que l'on cherche par ailleurs à éviter ? On pourrait l'envisager, en cela que, ne souhaitant pas avoir à motiver davantage sa décision par manque de temps notamment, un juge se résignerait à se ranger à une interprétation majoritaire. Néanmoins, à dessein, le groupe de réflexion a écarté toute contrainte en la matière, de sorte que la cohérence n'est pas recherchée « à tout prix » : c'est ici simplement une bonne pratique qui est mise en avant, laissée à la discrétion du juge. Par ailleurs, nombre de recommandations formulées dans le rapport supposent l'octroi de moyens supplémentaires. Ce n'est qu'à ce prix que les recommandations faites auront une portée, à commencer par la nécessité de laisser au juge le temps de motiver correctement ses décisions.

**G.L. – L'argumentation déployée par les parties d'une part, et dans les travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation d'autre part, montre que la technique du distinguishing (consistant à distinguer la situation litigieuse de celle ayant suscité un précédent, de sorte que le juge puisse ne pas suivre ce dernier) est fréquemment employée. L'officialisation d'une telle pratique dans la motivation entraînerait-elle nécessairement la reconnaissance du caractère obligatoire du précédent, à l'instar du modèle anglo-américain ?**

**S.J.** – À l'évidence, une telle inquiétude est présente à l'esprit de nombreux juristes : lorsqu'on a voulu faire évoluer la motivation des décisions des juridictions administratives, la proposition de permettre aux juridictions de mentionner des décisions précédemment rendues a fait long feu, précisément afin que l'on ne suspecte pas une résurgence des arrêts de règlement ; la même crainte n'est sans doute pas étrangère au fait qu'aujourd'hui encore, à l'école nationale de la magistrature, il est enseigné aux auditeurs de justice de se garder de citer les décisions des autres juridictions du fond dans leurs propres décisions.

Tout en s'opposant fermement à l'instauration en France d'une logique du précédent obligatoire qui constituerait une trahison de notre tradition juridique, le rapport préconise à plusieurs égards d'introduire une possibilité pour des juridictions de citer les décisions antérieurement rendues par des juridictions du fond. Avec une partie de la doctrine, le groupe de réflexion considère en effet que la simple mention d'une décision de justice dans la motivation d'une autre décision n'emporte pas *ipso facto* reconnaissance d'un précédent obligatoire ; en ayant à l'esprit uniquement ce degré extrême de normativité, l'on se prive d'une utilisation pouvant être éclairante des décisions précédemment rendues, pouvant être la source d'un enrichissement de la motivation. Certes, mentionner une décision

antérieure en augmentera quelque peu la portée jurisprudentielle – comme tout signalement peut au reste y contribuer –, mais sans aboutir à ce que les juristes, instruits de ces nuances, la considère comme contraignante.

**G.L. – Le rapport propose de développer le recours par la Cour de cassation à l'*obiter dictum* (par lequel le juge fait connaître par avance son sentiment sur une question autre que celle qui lui est posée) au regard des difficultés que pourrait lui révéler l'*open data* dans l'application de la règle de droit par les juridictions du fond. S'il est certain que la valorisation de l'*obiter dictum* peut être un moyen d'anticiper les interrogations à venir, cette pratique ne devrait-elle pas être encadrée, dès lors qu'elle peut amener le juge (de cassation) à prendre l'habitude de s'auto-saisir, et à renoncer ainsi à ce que Mauro Cappelletti désigne comme l'une des vertus « passives » du juge ?**

**S.J.** – La proposition de recourir davantage aux *obiter dicta* tient, dans le rapport, à un constat : un grand nombre de questions de droit ne sont posées à la Cour de cassation que tardivement (en dépit de mécanismes telle la saisine pour avis, qu'il est proposé de réformer), voire ne le sont jamais, car aucun pourvoi n'est formé à l'encontre de la décision des juges du fond y ayant répondu, sans que l'on puisse préjuger des motifs de cette absence de recours. L'*open data*, accompagné d'outils algorithmiques efficaces, pourrait, à l'avenir, permettre à la Cour de cassation d'identifier ces questions et l'*obiter dictum* pourrait être l'instrument juridique de leur traitement, à l'occasion de la résolution d'une question de droit adjacente.

À la suite d'autres rapports (et notamment du rapport « Assemblée plénière, chambres mixtes et avis » rendu en septembre 2021), le groupe de réflexion a donc recommandé une utilisation accrue des *obiter dicta*. Cependant, dans le prolongement de travaux doctrinaux récents, il a invité à une utilisation raisonnée de l'*obiter dictum* : son terrain de prédilection devrait être celui des décisions à la motivation développée rendues au terme du nouveau parcours approfondi prévu à la Cour de cassation, qui permettrait de solliciter des rapporteurs et des avocats généraux une recherche détaillée des questions pouvant faire pertinemment l'objet d'un *obiter dictum*, sans abus. Où l'on voit que des instruments anciens alliés à de plus nouveaux permettraient à la Cour de cassation de tirer profit de l'*open data* pour améliorer sa propre jurisprudence !

# Variétés autour du droit

---

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

---

## Des chiffres et des lettres, ou de la dénomination des universités parisiennes

**Florian Carré**

ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**U**n peu d'histoire. Un étudiant un brin curieux, se promenant sur le site internet de l'Université Paris Panthéon-Assas, aurait sans doute un peu de mal, de prime abord, à prendre toute la mesure de sa description comme l'« héritière directe de la Faculté de droit et de sciences économiques de Paris »<sup>1</sup>. Il lui faudrait, pour cela, entreprendre un voyage dans les prémices de notre structure universitaire contemporaine en se plongeant dans les années 1968 à 1971 et découvrir *l'Université de Paris*, ses cinq facultés, puis son éparpillement en treize nouvelles entités.

Néo juriste et féru d'histoire, muni d'une bonne dose de motivation et d'un dimanche après-midi sans aucune activité à l'horizon, il pren-

drait plaisir à télécharger sur légifrance<sup>2</sup> la loi du 12 novembre 1968<sup>3</sup> et le *Journal Officiel* du 22 mars 1970 dans lequel il y trouverait le décret du 21 mars 1970<sup>4</sup> « relatif à la mise en place des universités » et les arrêtés du même jour relatifs notamment à « la désignation des universités de l'académie de Paris ».

Malgré une lecture minutieuse de ces quelques fragments d'histoire universitaire et juridique, il connaîtrait toujours matière à s'interroger. En effet, il n'y figure aucune mention de l'Université Paris Panthéon-Assas mais seulement la référence<sup>5</sup> à des universités dont la dénomination est formée par l'adjonction, à l'aide d'un tiret, de chiffres romains au nom propre « Paris » ; en somme, une numérotation de I à XIII donnant

- 
1. Pour cette référence et l'histoire de l'Université : <https://www.u-paris2.fr/fr/universite/linstitution/histoire>.
  2. Ces documents contenant des « informations nominatives », il faudra répondre à un calcul mathématique savant pour accéder au *Graal*...
  3. Loi n° 68-978 du 12 nov. 1968 relative à « l'orientation de l'enseignement supérieur », dite loi « Faure » (du nom d'Edgar Faure, ministre de l'éducation nationale en ce temps).
  4. Décret n° 70-246 du 21 mars 1970 « relatif à la mise en place des universités », dit décret « Guichard » (du nom du ministre de l'éducation nationale en ce temps, Olivier Guichard).
  5. Aux articles 4 à 16 de l'arrêté du 21 mars 1970 « relatif à la désignation des universités de l'académie de Paris ».

Paris-I, Paris-II, Paris-III, et ainsi de suite. Depuis 1970 donc, les chiffres<sup>6</sup> se mêlent aux lettres.

Obstiné, il continuerait son enquête...

**Un présent.** De retour sur le site internet de son Université, il pourrait y trouver la mention d'un changement de dénomination depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022<sup>7</sup>. De feu « Paris 2 Panthéon-Assas » à désormais « Paris Panthéon-Assas », la frontière est mince. La modification peut être qualifiée de minime. Le chiffre<sup>8</sup> – et seul celui-ci ! – a disparu. Autrement dit, il ne reste que les lettres. Le nom propre « Paris » subsiste, tout comme la mention de la traversée du jardin du Luxembourg séparant les centres Panthéon et Assas.

Devant cette découverte, sa connexion synaptique ne prendrait qu'une seconde : « *Eureka* ! Panthéon-Assas est donc l'héritière de la Faculté de droit de Paris<sup>9</sup> en ce que l'arrêté du 21 mars 1970<sup>10</sup> avait attribué à Paris-II, lors de la scission de l'Université de Paris, les U.E.R. d'études juridiques générales ! », s'exclamerait-il, seul dans sa chambre du Crous.

Bien que rondement menée et d'un succès total, cette petite enquête en soulèverait néanmoins une nouvelle. Dépassant cette fois les frontières de son université, tout en restant dans le giron de la région parisienne, notre étudiant se demanderait si seule Paris 2 connut une évolution de sa dénomination.

À la réflexion, il pourrait même se souvenir avoir partagé sur ce point quelques moments d'incompréhension avec ses parents lors de discussions autour de *Parcoursup*. « Si tu allais à Paris-XII pour faire ton droit ? Ce n'est pas si loin en transport ! » ou « postule donc à Paris-X ou Paris-V, tes cousins y sont allés ! », lui conseillèrent-ils, ce qui le laissa assez dubitatif eu égard à la liste des établissements mentionnée sur la plateforme. Inversement, ce sont ses parents qui

se trouvèrent épris d'une certaine perplexité lors de l'évocation de « Paris-Saclay », « Paris-cité », « Sorbonne Paris Nord » ou encore « UPEC » ou « UPMC ».

Le voilà convaincu ! Afin d'éclaircir les raisons de cet écart générationnel, il entreprendrait une enquête d'une toute autre envergure en se lançant dans des recherches sur l'évolution des dénominations des universités parisiennes depuis 1970. Rapidement, il ne manquerait pas de remarquer qu'un important basculement s'opéra à l'entrée du *xxi*<sup>e</sup> siècle.

Pêlemêle (malgré une pointe de chronologie), il observerait que Paris-VI devint « Pierre et Marie Curie » en 1974 puis « UPMC » en 2007 ; Paris-VII devint « Paris-Diderot » en 1994 ; Paris-IX devint « Paris-Dauphine » en 2004 puis désormais « Paris-Dauphine – PSL » ; Paris V devint « Paris Descartes » en 2006 ; Paris-X devint « Paris Ouest Nanterre La Défense » en 2008 puis « Paris Nanterre » en 2016 ; Paris-XII devint « Paris Est Créteil » en 2010 ; Paris-XIII devint « Sorbonne Paris nord » en 2019 ; Paris-XI (ou Paris-Sud) devint « Paris-Saclay » en 2020.

Sur les treize établissements créés en 1970, tous sans exception ont fait évoluer leur dénomination. Si le nom propre « Paris » en leur sein n'a connu que de nouvelles adjonctions, puisqu'il semble indéniable de devoir rester sous le feu de ce beau projecteur qu'est le nom de la ville lumière, les chiffres au contraire ne furent l'objet que de substitutions, de suppressions. Un *chiffride* impitoyable, une éradication calculée et réfléchie laissant place à une tyrannie sans partage des lettres.

La disparition des chiffres, si elle est déjà plus qu'amorcée, n'est point encore achevée. Deux irréductibles résistent encore et toujours, envers et contre tout : les universités « Paris 1 Panthéon-Sorbonne » et « Paris 8 Vincennes-Saint-Denis »<sup>11</sup>. Aussi, rare et précieuse relique de

- 
6. L'auteur de cette variété remercie le lecteur de lui accorder son pardon d'avoir fait fi d'une certaine rigueur en tenant pour synonyme les termes « chiffre », « nombre » et « numéro ».
  7. La page « histoire » du site internet de l'Université énonce que « l'Université Paris 2 Panthéon-Assas s'est transformée en devenant l'Université Paris Panthéon-Assas, événement historique bâti sur un modèle intégrateur et inédit, donnant naissance à un nouveau pôle d'enseignement et de recherche au cœur de Paris. ».
  8. Chiffre qui faisait désormais souvent l'objet d'une graphie occidentale (un « chiffre arabe ») et non plus romaine.
  9. Une des cinq facultés regroupées au sein de l'Université de Paris.
  10. En son article 5.
  11. Paris 8 allant même jusqu'à revendiquer fièrement le chiffre dans son logo en lui y octroyant une place importante avec une couleur particulière.



l'époque où les chiffres écoulaient des jours paisibles au sein de la dénomination de nos universités, l'article D. 711-1 du Code de l'éducation mentionne toujours quelques établissements parisiens avec leur dénomination mariant chiffres et lettres<sup>12</sup>. Le Code de l'éducation, dernier bastion...

Ayant à présent cerné le phénomène dans toute son ampleur, notre enquêteur en herbe, définitivement passionné par ses recherches, ne pourrait se résoudre à en rester là. Une foule d'interrogations se bousculeraient aussitôt dans son esprit. Quels sont les causes et les effets de la modification des dénominations des universités ? Pourquoi les chiffres sont-ils – en région parisienne du moins – sur la liste des espèces en voie de disparition ? Le phénomène peut-il se répandre à toutes les universités françaises<sup>13</sup> ?

Bien sûr, une brève enquête dominicale ne lui permettrait pas de fournir une réponse précise à tout cela, et elle n'en a ni la vocation, ni la prétention. Simplement, il pourrait laisser son esprit voguer sur quelques idées intuitives. Par exemple, que l'on peut voir en ce phénomène une conséquence logique de l'autonomie des universités, qui ne fait que croître depuis 1970. L'autonomie nécessite une véritable identité propre. Or, la dénomination est bien au fondement même de l'identité ; elle en est assurément un élément clef. Se double au besoin de construire cette identité, celui de la revendiquer afin de se démarquer des autres universités (ou même des établissements privés), aussi bien sur le plan national qu'international. Des considérations de communication, presque de *marketing*, voient ainsi le jour. Les universités doivent tirer leur épingle du jeu de la concurrence de l'enseignement supérieur et être sans cesse plus attractives aux yeux des étudiants. Sur ce point, la dénomination ne fait

certes pas tout, mais on ne saurait nier qu'elle y contribue d'une façon importante (au même titre que l'« identité visuelle » de l'université, avec notamment son « logo », qui va en général de pair avec sa dénomination). Ces besoins nouveaux dépassent la simple identification primaire, mission que les chiffres pouvaient à eux seuls remplir par la numérotation. Confrontés à tout cela et incapables d'y répondre, ils ont perdu leur utilité d'antan et apparaissent désormais davantage comme des vestiges d'un passé sur lequel il convient de tirer un trait.

Notre enquêteur ne manquerait pas de noter, afin d'être précis, que dans quelques cas il ne s'agit pas uniquement d'une modification autonome de la dénomination, mais d'une modification de structure de l'université, comme un changement de personne morale ou une fusion d'établissements, qui emporte la nécessité d'une dénomination nouvelle. Plus que de simples toilettes, c'est une refonte du paysage universitaire parisien dont il s'agit ici. À titre d'exemples, nous pouvons faire référence à la fusion entre les universités « Pierre et Marie Curie » et « Paris-IV » (aussi « Paris-Sorbonne ») en 2018 qui a abouti à la création de la « Sorbonne Université », ou plus récemment la fusion entre les universités « Paris-Diderot » (Paris-VII) et « Paris Descartes » (Paris-V) qui donna l'Université « Paris-cité »<sup>14</sup>. Également, la suppression du « 2 » de Paris Panthéon-Assas est intervenue dans un contexte de modification de sa structure<sup>15</sup>.

À peine sorti des causes, notre étudiant pourrait également essayer d'envisager quelques effets néfastes que des changements de dénomination des universités trop brusques et répétés risquent d'entraîner, au titre desquels l'apparition de certaines confusions pour les non-initiés<sup>16</sup> (voire pour les initiés...). Il penserait ici notam-

12. On y trouve ainsi toujours mention de Paris-I (47°), Paris-III (49°), Paris-VIII (54°), Paris-X (55°), Paris-XII (57°) et Paris-XIII (58°). Notons que Paris-II était identifiée en tant que telle dans cette liste (48°) jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2022, date à laquelle l'université est devenue un établissement public expérimental.

13. En effet, d'autres villes connaissent des universités ayant des chiffres dans leur dénomination, telles que Lyon, Rennes, Bordeaux, Toulouse.

14. Cette nouvelle dénomination a été au cœur d'une saga juridique allant jusqu'à un arrêt du Conseil d'État (CE, 4<sup>e</sup>, 1<sup>re</sup> chambres réunies, 29 déc. 2021, n° 434489) qui sanctionna la dénomination d'« Université de Paris » retenue dans un premier temps.

15. Sur ce point, v. not. le décret n° 2021-1831 du 24 déc. 2021 ayant pour objet « la création d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et expérimental dénommé « Université Paris Panthéon-Assas » » qui « se substituera à l'Université Paris-II à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022 ».

16. Par exemple, qui peut aujourd'hui prétendre pouvoir parfaitement distinguer, sans bien connaître ces universités, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Université, Sorbonne-Nouvelle, Sorbonne Paris Nord (et nous pourrions rajouter l'ancienne Paris-Sorbonne) ?

ment à ses parents, déjà dépassés alors qu'ils ont quitté les bancs de l'université il n'y a pourtant pas si longtemps, et surtout à tous les praticiens qui s'intéressent de près ou de loin au recrutement au sein de leur secteur d'activité. Si les universités axent beaucoup leurs efforts vers l'insertion professionnelle de leurs étudiants, il ne faudrait pas que certains éléments viennent brouiller les pistes. Le maintien du chiffre présentait l'avantage d'assurer une sorte de traçabilité, d'identifier et de garder en mémoire l'évolution d'une université donnée et ce peu important son nouveau nom ou même ses nouveaux noms au fil du temps...

En définitive, il lui viendrait à l'esprit la morale d'une fable de La Fontaine, étudiée durant sa jeunesse, enseignant que « nous faisons cas du beau, nous méprisons l'utile »<sup>17</sup>. Les chiffres étaient utiles, mais étaient-ils beaux ? Question éminemment subjective, il se dirait alors, non sans une certaine fatalité, que rien n'est immuable et que la dénomination des universités, comme nombre d'éléments les concernant, se doit d'évoluer au fil du temps. La société change, ses universités aussi.

**Un futur.** Traversé par une grande fatigue après ce dimanche après-midi des plus studieux, notre étudiant, soucieux d'exhaustivité, succomberait aux sirènes d'une dernière considération, cette fois-ci prospective, avant d'obtenir un repos bien mérité devant la lecture reposante de *Flexible droit* ou *Linguistique juridique*. Que réserve le futur quant à la dénomination des universités ?

Ne parvenant pas à mettre la main sur sa boule de cristal ou son jeu de tarot dans sa chambre ensevelie sous les nombreux ouvrages juridiques qui y ornent le moindre recoin, il donnerait encore libre cours à son intuition.

« Il paraît peu probable que les chiffres connaissent un regain d'intérêt », se dirait-il. Et il aurait sans doute raison. Le meilleur sort pouvant leur être accordé serait de survivre au sein des générations les ayant connus et usités ; qu'ils soient voués à devenir une coutume en subsis-

tant officieusement en marge des dénominations nouvelles (coutume qui pourrait même perdurer et se transmettre...). Trois raisons principales pourraient le justifier. La première consiste en l'usage au combien pratique que procure le chiffre. Il est plus simple et rapide d'utiliser un chiffre accolé au nom « Paris » pour évoquer l'université en question. Au cœur d'une période marquée par le *sms*, dans laquelle l'abréviation est au sommet de sa gloire et l'économie de la moindre lettre un précieux temps gagné, le chiffre offre indéniablement à la dénomination cette efficacité, même s'il est fortement concurrencé sur ce point par les acronymes. La seconde raison, qui entretient d'étroits liens avec la première, est de l'ordre de l'habitude. En effet, quel étudiant n'a pas, par exemple, l'habitude d'utiliser le diminutif « Paris 2 » pour évoquer Paris Panthéon-Assas<sup>18</sup> ? Cette habitude, bien ancrée, a vocation à rester par la suite. Enfin, et peut-être surtout, la survie des chiffres pourrait tenir à un usage d'ordre sentimental, empli de nostalgie. Appeler son université par son « petit nom » – ou plutôt ici par son « petit chiffre » – c'est avant tout marquer une certaine proximité, le signe d'une affection particulière.

À titre subsidiaire, notons que les ouvrages offrent également aux chiffres la postérité. On peut les retrouver dans les références des auteurs ou même au sein de nombreux articles.

Finalement, ne pleurons donc pas trop les chiffres. Ils continueront de s'épanouir dans les ouvrages et surtout en chacun des anciens pensionnaires des universités parisiennes ! Des traces sur le papier et dans les esprits.

Cette pensée positive, pleine de gaieté et d'espoir, se verrait immédiatement assombrie par l'apparition d'un nuage. Un mal nouveau tourne dangereusement autour de la dénomination de nos universités, ce qui ne manquerait pas d'interpellier notre étudiant. L'anglicisation<sup>19</sup> se montre de plus en plus pressante. Les universités peuvent être tentées de délaissé la syntaxe de la langue de Molière pour consacrer la syntaxe anglo-

17. La Fontaine, *Les fables de la fontaine*, « Le Cerf se voyant dans l'eau ».

18. Devant l'impossibilité de réaliser une véritable étude statistique, nous admettons sur ce point, au regard de notre expérience personnelle, que le diminutif « Assas » semble avoir au moins autant de succès que « Paris 2 ».

19. Phénomène loin d'être nouveau dans la langue française et que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer dans une précédente variété : F. Carré, « Les travaux dirigés à distance : des mots, rien que des maux ? », *RDA*, n° 22, nov. 2021, p. 24 et s., spéc. p. 25.

saxonne<sup>20</sup> et ainsi former leur dénomination à la manière de *Maître Yoda*<sup>21</sup>. Si, le fait de reléguer le terme « Université » à la fin de la dénomination ne constituerait, à premières vues, qu'une infime différence (et peut-être même moins importante que la disparition des chiffres puisqu'ici, rien ne disparaît...), ne nous y trompons pas, ce serait là un précédent significatif et le signe d'un important recul de notre langue et de notre culture, sacrifiées sur l'autel de la concurrence internationale et de l'attractivité<sup>22</sup>. La recherche d'une identité propre doit-elle pas-

ser par la reprise d'un modèle étranger afin de se fondre dans le moule... ? N'est-ce pas antinomique ?

Notre étudiant finirait donc cette petite enquête dominicale sur une note plus pessimiste. Après la disparition des chiffres, la prochaine cible semble être la syntaxe française. Toutefois, il se réjouirait en se rappelant que cela n'est que prospectif. Contrairement aux chiffres, l'estocade est encore loin d'être portée; l'ombre du nuage est là mais la pluie n'est pas encore tombée !

---

20. Le Code de l'éducation nous donne en son article D. 711-1, 50° une bien étrange illustration de ce phénomène, un mélange des deux syntaxes, avec la dénomination « Université Sorbonne Université »...

21. Qui, rappelons-le, est le fameux « Maître Jedi » vert dans *Star Wars* qui utilise une syntaxe fort particulière en construisant ses phrases à l'envers.

22. On peut par exemple comparer cette pratique avec celle de nombreux clubs sportifs français qui, dans un domaine différent certes mais avec le même objectif, optent désormais pour une communication quasi exclusivement en anglais, afin de toucher un public toujours plus large.

# Variétés autour du droit

---

L'Association du Collège de droit et de l'École de droit a organisé au printemps 2022 la deuxième édition de son concours d'articles. Le principe en est le suivant : sur un thème défini par l'Association, chaque article est rédigé par deux étudiants, l'un du Collège de droit, l'autre de l'École de droit. Les articles sont soumis à l'appréciation d'un jury qui était composé en 2022 des Professeurs Thomas Genicon et Cécile Pérès ainsi que de Jérôme Chacornac. Le Prix du meilleur article est remis à l'occasion de la finale du concours de Plaidoyers du Collège de droit au mois de juin. Les heureux gagnants se voient remettre des ouvrages par les éditions Lextenso. Le thème choisi pour cette deuxième édition était « La responsabilité du fait du clic ». L'article qui a été distingué par le jury est reproduit ci-dessous.

**Cécile Pérès**

Directrice du Collège de droit

---

## Le droit français de la responsabilité à l'épreuve du clic

**Victor Bordereau**

Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Sébastien Martin**

Étudiant à l'École de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

À l'heure où les réseaux sociaux constituent des outils de communication indispensables pour les gouvernants, l'un d'entre eux s'est récemment vu suspendre sa capacité à publier, à cliquer<sup>1</sup>. Cette « suspension de clic » a été interprétée par certains comme un acte de censure qui tranche avec l'ambition libertarienne des créateurs d'Internet.

Originellement, Internet était conçu comme un espace de liberté absolue, échappant à toute

ingérence gouvernementale. Dans sa « déclaration d'indépendance du cyberspace », rédigée en 1996, John P. Barlow souhaitait qu'aucune entité étatique ne se l'approprie. Au début du siècle, le Professeur Lawrence Lessig constatait quant à lui qu'à l'heure du cyberspace, c'est « le code qui fait la loi »<sup>2</sup>.

Depuis ces vingt dernières années, « cliquer » est devenu un acte quotidien : envoyer un courriel, publier un commentaire, réserver un billet de

---

1. Le compte Twitter du président étasunien D. Trump a été suspendu par ladite plateforme en janvier 2021, celle-ci considérant que ses propos pouvaient attiser la violence dans un contexte de contestation des résultats de l'élection présidentielle.

A. Jaulmes, « Twitter suspend le compte de Donald Trump de façon permanente », *Le Figaro*, 9 janv. 2021.

2. L. Lessig, « Code is law – On liberty in cyberspace », *Harvard Magazine*, janv. 2000.

train. Pourtant, cette simple pression du doigt sur la souris d'un ordinateur pose la question de la responsabilité des « acteurs » du numérique, tant internautes que professionnels. Héritage humaniste, la responsabilité est fondée sur l'idée d'une société dans laquelle chacun jouit d'un libre arbitre. C'est sur la nécessité de contrôler cette liberté que s'appuient les régimes de responsabilité, qui obligent une personne à répondre du dommage qu'elle a causé à autrui<sup>3</sup>. La notion de responsabilité est protéiforme<sup>4</sup>. Elle peut être pénale ou civile, contractuelle ou extra-contractuelle.

De fait, cachés derrière le masque de l'identité numérique, les utilisateurs ne réalisent que peu la portée de leurs « clics ». Dès lors, l'introduction de la responsabilité dans le champ numérique constitue un instrument de « discipline »<sup>5</sup> de ces derniers, sommés de respecter le droit en vigueur. La fonction réparatrice de la responsabilité est, quant à elle, indispensable aux victimes des internautes négligents, voire malveillants.

S'il existe désormais, *de lege lata*, une responsabilité du fait du « clic » de l'internaute (I), celle des plateformes, simples hébergeurs de contenus, demeure hypothétique (II).

## I. L'apparente complétude du droit positif

Le droit positif semble, *a priori*, suffisant pour encadrer l'activité des internautes. Alors que le droit des contrats protège l'utilisateur face à la portée de son « clic » (A), le droit pénal entend responsabiliser l'internaute (B).

### A. Une responsabilité contractuelle limitée

Certains contrats sont conclus sur Internet, en quelques « clics ». Achats en ligne, souscriptions à des abonnements en tout genre sont parfois effectués par l'utilisateur d'Internet sans que celui-ci ne consente véritablement aux conditions générales de vente, sans qu'il ne prenne conscience de la portée de son engagement. Là réside le risque. Engage sa responsabilité contractuelle l'internaute qui n'exécute pas ses obligations. Heureusement pour l'utilisateur d'Internet, pour qu'il y ait « obligation », il doit préalablement y avoir « contrat ». Or, pour qu'un contrat soit valablement formé, il faut, entre autres conditions, la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Celles-ci sont soumises à un régime spécial pour les contrats conclus par voie électronique<sup>6</sup>. Ledit régime ne nous semble pas déroger aux règles générales de formation du contrat mais les compléter<sup>7</sup>. De même, lorsque le contrat conclu par voie électronique lie professionnels et consommateurs, sa formation est soumise cumulativement aux dispositions précitées et au droit spécial des contrats de consommation à distance<sup>8</sup>. Ainsi, la protection du « double-clic » devrait également bénéficier au consommateur<sup>9</sup>. Le contrat ne sera valablement conclu que si le destinataire de l'offre, l'internaute, a pu en avoir une connaissance complète et a pu rectifier d'éventuelles erreurs<sup>10</sup>. À défaut, sa responsabilité contractuelle ne saurait être engagée, le contrat n'ayant jamais été formé. La volonté de protéger l'internaute face à un engagement résultant de simples « clics » est telle qu'a été récemment rappelée la difficulté pour le professionnel de s'opposer à la rétractation, par le consommateur, de son acceptation<sup>11</sup>. La remise en cause de l'acte conclu par voie électronique est ainsi facilitée par l'exigence d'un respect

3. R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, p. 225; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020, p. 13.

4. G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., PUF, 2022, p. 921.

5. Néologisme emprunté à l'historien du droit italien, Aldo Schiavone. (A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. G. et J. Bouffartigue, éd. Belin, 2008).

6. Art. 1125 et s. C. civ., issus de l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016.

7. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, p. 279; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022, p. 74.

8. J. Huet, « Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique », in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 507.

9. Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2021, p. 157.

10. Art. 1127-2 C. civ.

11. CJUE, 31 mars 2022, n° C-96/21.

simultané des dispositions du droit commun et du droit spécial.

Si, en matière contractuelle, le législateur entend protéger le consommateur inconscient de la portée juridique de son « clic », la volonté en droit pénal est, en revanche, de le responsabiliser.

### **B. Une responsabilité pénale aggravée**

L'accès à Internet est un droit fondamental pour les citoyens<sup>12</sup>. Pour autant, le législateur a su rendre le « clic » pénalement répréhensible. Le fait de cliquer sur le bouton « envoyer » ou « publier » d'un réseau social peut engager lourdement l'auteur de la publication. Les injures les plus choquantes, les photos les plus intimes n'engagent pas la responsabilité de l'utilisateur des réseaux sociaux tant que ce dernier ne clique pas, ne les expose pas au public sur la toile. C'est le partage du contenu, en tant qu'élément matériel de l'infraction, qui lui cause un tort. Certaines infractions nécessitent un acte matériel dont la mise en œuvre peut résulter de quelques « clics ». En effet, l'article 222-17 du code pénal requiert la matérialisation de la menace par un « écrit », qui pourrait être électronique. Pour d'autres infractions, il ne fait aucun doute que le « clic » soit constitutif de l'élément matériel requis. Ainsi, la diffusion en quelques « clics » d'images de violences est incriminée par l'article 222-33-3 du même code<sup>13</sup>. Il en est de même du délit de « *revenge porn* », une pratique née sur Internet<sup>14</sup>, consistant en la présentation au public d'images à caractère sexuel. L'internaute qui aurait la mauvaise idée de partager ce contenu, par un simple « clic » sur le bouton « publier » ou « envoyer » d'une plateforme, se verrait exposé à une amende de 60 000 euros et à une peine de deux ans d'emprisonnement<sup>15</sup>. La loi fait d'ailleurs parfois du recours aux réseaux sociaux une circonstance aggravante<sup>16</sup>.

Le législateur n'est pas le seul à prendre la mesure de la gravité des faits commis sur Internet. En septembre 2021, la Cour d'appel de Versailles condamnait un créateur de contenu présent sur la plateforme *Youtube* à deux ans de prison, dont vingt-deux mois avec sursis, pour harcèlement en ligne. Les juges, souhaitant sanctionner fermement cet acte à des fins de pédagogie, ne retiennent ni la liberté d'expression ni le droit à la satire invoqués par l'auteur des faits<sup>17</sup>.

Lorsque l'infraction commise cause un dommage, elle engage également la responsabilité délictuelle de son auteur qui doit réparer le préjudice subi outre l'amende versée au Trésor public. Mais qu'en est-il de la plateforme sur laquelle a été commis l'acte sanctionné ? Engage-t-elle sa responsabilité délictuelle personnelle en raison du même acte ?

## **II. L'éventuelle ouverture à une responsabilité des plateformes**

Le droit positif ne permet pas d'engager la responsabilité des hébergeurs de contenus pour les propos tenus par les internautes (A), le législateur ayant tenté, en vain, de les astreindre à une obligation de retrait de contenus qu'ils jugeraient illicites (B).

### **A. Des hébergeurs de contenus irresponsables**

La responsabilité des plateformes ne semble pas pouvoir être recherchée sur le fondement de l'article 1242 du Code civil. Traditionnellement, le droit français rejette l'idée selon laquelle l'on puisse répondre des actes d'autrui et voir sa responsabilité engagée. Les cas légaux de responsabilité du fait d'autrui sont justifiés, comme le souligne le professeur Bénabent, par l'idée selon laquelle « les responsables que désigne la loi sont investis d'une autorité à leur égard : on admet

12. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, considérant n° 12.

13. Sur l'opportunité d'une incrimination spéciale de « happy slapping » : A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, p. 104.

14. L'origine exacte de cette pratique n'est pas certifiée bien que certains s'accordent à la dater à 2010, date de création, par Hunter Moore, du site Internet de publication de contenu explicite « Is Anyone Up ? ».

15. Art. 226-2-1 C. pén.

16. V. en ce sens l'article 222-33-2-2, 4° du Code pénal issu de la loi du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ».

17. F. Reynaud, « Le youtubeur Marvel Fitness condamné en appel pour "harcèlement moral" », *Le Monde*, 28 sept. 2021.

donc aisément une présomption de mauvaise surveillance »<sup>18</sup>. La Haute juridiction s'est détachée, en 1991<sup>19</sup>, de ces cas légaux de responsabilité du fait d'autrui. Peut-on espérer une extension aux plateformes qui devraient, dès lors, répondre du fait de leurs utilisateurs ? Rien n'est moins sûr... En effet, cette jurisprudence requiert du responsable qu'il exerce une certaine autorité sur l'auteur de l'acte litigieux dans le cadre d'une mission d'organisation, de contrôle et de direction, ce qui ne se retrouve pas dans la relation entre la plateforme et ses utilisateurs. Parallèlement, le droit spécial refuse, en principe, d'engager la responsabilité civile<sup>20</sup> ou pénale<sup>21</sup> de l'hébergeur de contenus. Il n'est qu'un intermédiaire technique qui permet l'accès à un service ou qui héberge, sans les modifier, les contenus parfois illicites<sup>22</sup>. N'ayant pas de rôle actif, il ne pourra pas voir sa responsabilité engagée à la différence de l'éditeur de contenus<sup>23</sup>. Il faut donc rechercher la responsabilité des plateformes sur le fondement de leur faute personnelle qui peut résulter du manquement à une obligation légale d'agir<sup>24</sup>. L'on notera qu'une plateforme peut engager sa responsabilité pénale comme auteur d'une infraction, à l'instar de toute personne morale, et notamment lorsqu'elle se rend coupable de recel<sup>25</sup>. En revanche, le principe demeure celui posé par l'article 121-1 du code pénal : la plateforme ne répond pas du fait de ses utilisateurs. Dans le cas du recel, la plateforme est responsable de son fait personnel, constitutif d'un recel-profit, en percevant une commission pour chaque vente de produits issus de la contrefaçon. Sa faute est distincte de celle du contrefacteur.

Dès lors, en droit français, pour engager la responsabilité délictuelle de la plateforme, il est nécessaire de caractériser une faute découlant de l'inobservation d'une obligation de source légale ou réglementaire. Le législateur s'est attelé, en vain, à la consécration de cette obligation d'agir.

## B. Une intervention législative infructueuse

En 2020, la proposition de loi « Avia », visant à lutter contre les contenus haineux sur internet et déposée par la députée éponyme, envisageait d'engager la responsabilité des plateformes si celles-ci ne respectaient pas une obligation de retrait des contenus jugés illicites, ce caractère devant être apprécié dans un court délai de 24 heures, sous peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 250 000 euros. Cette obligation de retrait est bel et bien une obligation d'agir. Le contenu illicite, résultant d'un « clic » de l'internaute, engageait simultanément la responsabilité de son auteur et de la plateforme si celle-ci ne retirait pas ledit contenu. Cette disposition, censurée par le Conseil constitutionnel<sup>26</sup>, remettait dans les mains d'un opérateur privé la faculté de retrait d'une publication. La plateforme pouvait porter atteinte à la liberté d'expression, sans que n'intervienne le juge judiciaire. Il a été presque unanimement admis qu'un tel dispositif constituait une incitation à retirer tout contenu signalé, un encouragement à la censure en ce que « les opérateurs privés préféreraient, dans le doute, censurer plutôt que de voir leur responsabilité mise en cause »<sup>27</sup>. La loi, aujourd'hui en vigueur, est vidée de sa substance et ne fait plus peser d'obligation de retrait sur les plateformes. Ces dernières ne sont donc pas fautives lorsqu'elles s'abstiennent de retirer le contenu illicite. L'on ne retrouve pas le mécanisme de la responsabilité pour faute qui nécessite qu'une obligation, qui pèse sur l'acteur, ne soit pas respectée afin de constater une faute par abstention. Le droit positif ne permet pas d'engager la responsabilité des plateformes en raison du contenu publié par les « clics » des internautes. Cependant, à la lumière des commentaires du Conseil constitutionnel, faire peser sur les plateformes une « obligation d'agir » nous semble être une gageure tant juges et plateformes ne pourraient faire face à l'afflux des

18. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 560.

19. Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *Blieck*.

20. N. Benoit, « La mise en œuvre de la responsabilité des prestataires d'hébergement toujours incertaine », *Légipresse* 2015, p. 339.

21. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

22. J.-Y. Lassalle, *Droit pénal des communications*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2019, p. 367.

23. Soumis à la responsabilité « en cascade » prévue par la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982.

24. Civ., 27 févr. 1951, *Branly*.

25. CA Paris, 23 janv. 2012, n° 11/00746, *eBay*.

26. Cons. const., 18 juin 2020, n° 2020-801 DC.

27. F. Sureau, « Les lois liberticides prospèrent sur notre démission collective », *Le Figaro*, 17 juin 2019.

demandes de retrait. Pour responsabiliser les internautes sur la portée de leurs actes, il faut réintroduire la question de la fin de l'anonymat en ligne. Si ce dernier n'est qu'un mythe, nombre d'internautes n'en ont pas conscience. Des outils, comme la vérification de l'identité à l'ins-

cription sur ces plateformes, permettraient d'écarter définitivement cette croyance d'anonymat, dans l'espoir que l'internaute fasse un usage plus raisonné de ses prérogatives, de crainte d'engager sa responsabilité.



# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Au sein de ce vingt-quatrième numéro, la *RDA* publie un colloque consacré à l'étude de « La place du droit de l'Union européenne en droit pénal », qui s'est tenu le 10 juin 2022 à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Ce colloque, co-organisé par l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris (ICP) et la chambre criminelle de la Cour de cassation, a été dirigé par Didier Rebut, professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas et directeur de l'ICP.

Présentation <i>Didier Rebut et Christophe Soulard</i>	p. 32	La référence faite aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne par la chambre criminelle de la Cour de cassation <i>Haritini Matsopoulou</i>	p. 81
La place des normes de l'Union européenne en droit pénal			
L'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne <i>Édouard Dubout</i>	p. 33	L'incidence de la mise en œuvre des normes de l'Union européenne	
Le rôle de la CJUE dans la construction du droit pénal européen <i>Bernadette Aubert</i>	p. 45	Le règlement sur le gel et la confiscation : révélateur de la légistique européenne <i>Raphaële Parizot</i>	p. 93
La protection des droits fondamentaux par l'Union européenne <i>Pauline Le Monnier de Gouville</i>	p. 54	La décision d'enquête européenne : les difficultés d'application <i>Jocelyne Leblois-Happe</i>	p. 102
Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme dans la garantie des principes du droit pénal <i>Marthe Bouchet</i>	p. 69	Propos conclusifs : Réflexions sur l'évolution des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit pénal <i>Didier Rebut</i>	p. 114

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### Présentation

#### **Didier Rebut**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas  
Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal  
de Paris (ICP)

#### **Christophe Soulard**

Premier président de la Cour de cassation

Jusqu'au Traité de Maastricht, le droit communautaire était présent en matière pénale de façon somme toute classique : seule se posait la question de la conformité des incriminations à ce droit. Il ne s'agissait ainsi que de vérifier la conformité d'une norme à une autre, supérieure. Le Traité de Maastricht – suivi des traités d'Amsterdam, Nice et Lisbonne –, a marqué un changement de perspective, en ce que le droit de conformité à une norme supérieure a laissé place à un droit de production positive. Les compétences de l'Union européenne en matière pénale ont ainsi largement été étendues et l'ensemble du droit pénal est désormais irrigué par le droit de l'Union.

Cette irrigation s'est opérée et se poursuit de deux manières.

D'une part, l'Union européenne vient directement réglementer la matière pénale. Elle poursuit ainsi des objectifs d'harmonisation des réglementations, notamment en matière de procédure pénale, et de coopération entre les États, comme en témoigne la création du mandat d'arrêt européen, qui suscite un contentieux important

devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

D'autre part, la chambre criminelle est amenée à poser fréquemment des questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne, notamment du fait des difficultés d'articulation entre les droits fondamentaux issus de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Constitution. Ces questions préjudicielles sont désormais posées de façon dynamique, active, invitant la Cour de Justice à reconsidérer sa jurisprudence, voire à la modifier – ce qui a parfois pu être fait avec succès, par exemple en matière de détachement des travailleurs.

La présence du droit de l'Union européenne en matière pénale est donc vivace et tout laisse à penser qu'elle se décuplera encore dans les années à venir. Le présent colloque révèle les facettes multiples de la présence du droit de l'Union au sein du droit pénal – facettes que d'éminents spécialistes, de droit privé comme de droit public, viennent ici éclairer.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### L'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne

Édouard Dubout

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas  
Centre de droit européen

**D**ans *L'Origine des espèces*<sup>1</sup>, le naturaliste Charles Darwin a théorisé l'« évolution » comme la faculté d'adaptation d'une espèce à son environnement. L'alternative d'une telle théorie est simple : soit la mutation, soit la disparition.

Appliquée à « la compétence pénale », entendue au sens large comme la capacité d'adopter des normes juridiques en matière pénale, la théorie évolutionniste invite à considérer son européanisation comme une adaptation nécessaire à un nouvel environnement d'interdépendance accrue dans lequel « l'ouverture des frontières au sein de l'Union européenne a inévitablement eu pour effet de faciliter la dimension transfrontière de la criminalité, voire de créer de nouvelles possibilités de criminalité »<sup>2</sup>.

Face à ce nouvel espace de criminalité, la compétence pénale n'aurait d'autre alternative que de muter, sauf à risquer de disparaître. Ainsi s'expliquerait, au moins en large partie<sup>3</sup>, l'extension croissante de la compétence pénale de l'Union européenne, depuis sa timide apparition sous forme de 3<sup>e</sup> pilier lors du traité de Maastricht jusqu'à la création emblématique d'un Parquet européen entré en fonction il y a tout juste un an<sup>4</sup>.

Toutefois, comme à l'époque darwinienne, la justification évolutionniste de la compétence pénale de l'Union européenne se heurte à une objection d'ordre essentialiste, en vertu de laquelle la compétence pénale relèverait – par essence – de la souveraineté nationale<sup>5</sup>, et notamment de l'identité constitutionnelle des États membres. L'argument identitaire considère l'exercice de la compétence pénale comme l'ex-

1. C. Darwin, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, 1859.
2. Conclusions du 11 avril 2019, n° C-324/17, *Gavanozov*, pt. 1.
3. Présentation qui est à nuancer en ce qu'une certaine partie de l'européanisation du droit pénal proviendrait également d'un choix plus volontariste de renforcer la dimension symbolique de l'intégration européenne, v. I. Wiczołek, *The Legitimacy of EU Criminal Law*, Hart, 2022, 272 p. ; T. Elholm et R. Colson, « The Symbolic Purpose of EU Criminal Law », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, 2016, spéc. p. 56 et s.
4. Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, OJ L 283, 31 oct. 2017, p. 1-71.
5. Pour un effort de déconstruction, M. Ubeda-Saillard, « Le lien entre souveraineté et droit de punir », in SFDI, *La souveraineté pénale de l'État au XXI<sup>e</sup> siècle*, Pedone, 2018, p. 19-42.

pression juridique d'une conception du bien qui traduit un imaginaire social propre à une communauté de citoyens se concevant comme tels, c'est-à-dire un État-Nation.

Cette conception se retrouve notamment dans la jurisprudence constitutionnelle allemande qui estime que « la question de savoir de quelle manière et dans quels domaines une société politiquement organisée recourt justement au droit pénal est une question d'ordre fondamental »<sup>6</sup>, qui relève à ce titre du noyau identitaire. De même, la Cour constitutionnelle italienne, dans l'affaire *M.A.S. et M.B.* (dite aussi « *Taricco II* »), a menacé de résister à la primauté du droit de l'Union européenne au nom d'une conception identitaire du principe de légalité des délits et des peines, obligeant la Cour de justice à se déjuger<sup>7</sup>.

Il en ressort que l'Union européenne ne possédant ni l'appareil intellectuel d'une Nation, ni l'appareil opérationnel d'un État, elle paraît mal disposée pour détenir et exercer une véritable compétence pénale.

Témoigne de la réticence profonde au transfert de la compétence pénale, le caractère différencié dont elle continue de faire l'objet (malgré le *Brexit*)<sup>8</sup>, ce qui soulève encore d'importantes difficultés juridiques<sup>9</sup>.

Ces forces contradictoires, évolutionniste et essentialiste, ont engendré l'apparition d'une espèce pénale hybride à l'échelle européenne, largement inconnue à ce jour, combinant quatre types de compétences distinctes :

- tout d'abord, une compétence de neutralisation
- ensuite, une compétence de coopération
- puis, une compétence d'incrimination
- et, enfin, une compétence de répression

Tout en conservant cette approche chronologique de l'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne, il est possible d'en restituer

la dynamique au moyen d'un regroupement plus thématique. Les deux premiers types de compétences, de neutralisation et de coopération, s'inscrivent dans une logique *transnationale* d'ouverture de l'espace pénal entre États membres. Tandis que les deux derniers types de compétences, d'incrimination et de répression, participent davantage d'une logique *fédérale* de re-fermeture de l'espace pénal de l'Union européenne.

Une telle présentation n'est pas entièrement satisfaisante, dimension transnationale et dimension fédérale de la compétence pénale s'entrecroisent continuellement dans l'espace européen. Son intérêt est uniquement de souligner que, contrairement au poids des mots et des imaginaires, le processus de transnationalisation (I) de la compétence pénale s'avère davantage source de tension que son processus de fédéralisation (II) qui n'est, certes, pour le moment qu'en gestation.

## I. Une transnationalisation sous tension

Le qualificatif de « transnational » entend désigner la dimension horizontale de l'intégration européenne résultant de l'ouverture des frontières entre les États membres. Sous l'angle pénal, l'évolution transnationale a connu deux étapes principales. En premier lieu, c'est au nom de la circulation économique qu'une compétence de neutralisation indirecte des législations pénales nationales s'est développée (A). En second lieu, c'est dans le cadre de la circulation civique qu'une compétence de coopération plus directe entre autorités pénales nationales a été attribuée (B). Le point commun de ces formes transnationales de compétences est d'engendrer des risques croissants, probablement sous-estimés à l'origine, de conflit constitutionnel dans l'Union européenne, voire de désintégration.

6. Bvfg, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, BvE 2/08, pt. 355.

7. CJUE, 5 déc. 2017, n° C-42/17, *M.A.S. et M.B.*

8. L'Irlande et le Danemark bénéficiant d'un *opt-out* en la matière conformément aux protocoles n° 21 et 22 annexés aux traités. Sur le *Brexit*, v. la contribution de P. Beauvais dans le présent numéro.

9. Qui ne seront pas abordées par la suite. V. par ex. en matière externe s'agissant de la ratification de la convention sur la lutte contre les violences faites aux femmes, CJUE, 6 oct. 2021, avis 1/19, *Convention d'Istanbul*.

## A. Une compétence indirecte de neutralisation

1. La compétence indirecte de « neutralisation »<sup>10</sup> des législations pénales nationales provient de l'harmonisation du marché intérieur, notamment de la clause européenne générale de commerce de l'article 114 TFUE.

Gouvernée par la procédure de codécision, cette base juridique vise initialement à favoriser l'unification économique mais a fait historiquement l'objet d'un usage extensif<sup>11</sup>, empiétant notamment dans le champ pénal. L'origine de cet empiètement provient de l'indifférence de la Cour de justice, depuis l'arrêt *Casati*, à la répartition des compétences et à la nature pénale des entraves à la liberté économique de circulation<sup>12</sup>. L'effet « négatif » de neutralisation des législations pénales nationales qui en découle s'est logiquement prolongé sur le plan de l'intégration « positive » et de l'harmonisation du marché intérieur, permettant le rapprochement des législations nationales. C'est ainsi que différents textes à dimension pénale ont pu être adoptés sur le fondement de l'article 114 TFUE sous couvert d'harmonisation du marché, notamment en matière de droit pénal des affaires comme ce fut le cas par exemple pour les abus de marché<sup>13</sup>, la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>14</sup>, le contrôle des flux d'argent liquide<sup>15</sup>, mais également en matière de sécuritaire au sens large

comme par exemple s'agissant de la lutte contre l'incitation en ligne au terrorisme<sup>16</sup>.

La jurisprudence a largement cautionné cet usage détourné de la compétence économique à des fins sécuritaires, notamment en validant les réactions législatives européennes aux différentes vagues d'attentats terroristes qui ont frappé les États membres. L'argument selon lequel la directive européenne sur la conservation des données électroniques, adoptée à la suite des attentats de New-York en 2001, Madrid en 2004 et Londres en 2005, aurait été erronément adoptée sur la base de l'article 114 TFUE relative au marché intérieur a été écarté par la Cour de justice, au motif que l'harmonisation européenne était limitée à l'activité des fournisseurs des services électroniques et ne réglementait pas l'accès à l'exploitation subséquente des données par les pouvoirs de police<sup>17</sup>. Il s'agissait, selon elle, d'un texte à vocation plus directement commerciale que sécuritaire. De même, après les attentats de Copenhague et de Paris en 2015, la directive sur le commerce des armes à feu a pu être valablement modifiée sur le fondement de l'article 114 TFUE en vue de réduire un tel commerce, alors que son apport à l'unification du marché européen paraissait faible, voire nul. Pour valider un tel usage de la compétence économique à des fins sécuritaires, la Cour de justice s'est appuyée sur la nature modificative de l'har-

10. Devenue courante en doctrine, l'origine de la formule est généralement attribuée à M. Delmas-Marty, « Union européenne et droit pénal », *Cahiers de droit européen* 1997, n° 5-6, p. 607.

11. Il est connu que la jurisprudence européenne ne procède pas un contrôle avancé du recours par les institutions de l'Union européenne à l'article 114 TFUE, en se contentant d'exiger que l'harmonisation qui en découle contribue « effectivement » à l'amélioration de la libre circulation transnationale (CJCE, 5 oct. 2000, n° C-376/98, *Allemagne c. Parlement et Conseil (Publicité sur le tabac)*), spéc. pt. 84).

12. Dans l'arrêt *Casati*, en matière de libre circulation des capitaux, la Cour de justice a considéré que si « la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des États membres », il n'en demeure pas moins que « le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux États membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes » (CJCE, 11 nov. 1981, n° 203/80, *Casati*, spéc. pt. 27). De façon plus générale, le rôle de la Cour de justice dans l'intégration pénale européenne est étudié par B. Aubert dans le présent numéro.

13. Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE* L 173, 12 juin 2014, p. 1-61.

14. Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141, 5 juin 2015, p. 73-117.

15. Règlement (UE) 2018/1672 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant dans l'Union ou sortant de l'Union et abrogeant le règlement (CE) n° 1889/2005, *JOUE* L 284, 12 nov. 2018, p. 6-21.

16. Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, *JOUE* L 172, 17 mai 2021, p. 79-109.

17. CJCE, 10 févr. 2009, n° C-301/06, *Irlande c. Parlement et Conseil*, pt. 80.

monisation européenne qui, à l'origine, revêtait bien une finalité en partie commerciale dont il s'agissait de faire évoluer l'équilibre pour l'adapter au changement de contexte<sup>18</sup>.

2. Un tel usage de la compétence économique européenne pour harmoniser les législations pénales nationales est source de tension.

Tout d'abord, sous l'angle démocratique du principe de subsidiarité, un tel usage est contestable en ce qu'il n'est pas clairement établi en quoi des disparités de législations pénales provoqueraient de véritables entraves aux échanges ou de réelles distorsions de concurrence. Il est difficile de démontrer en quoi un risque de sanction pénale accru serait véritablement dissuasif pour les opérateurs qui seraient incités à un *forum shopping* pénal. Les motifs de *forum shopping* tiendraient plutôt à des questions fiscale, sociale, voire environnementale. En sorte que la nécessité de l'harmonisation pénale pour les besoins de l'unité économique ne semble pas vraiment démontrée<sup>19</sup>.

Ensuite, même si un accord politique au sein des institutions de l'Union européenne pourrait légitimer un usage pénal de la compétence économique, c'est au prix de susciter des difficultés juridiques importantes. Par exemple, c'est notamment à la suite de l'adoption de la directive précédemment évoquée sur la conservation des données, et malgré son invalidation<sup>20</sup>, que s'est engagé un vaste et profond débat entre la Cour de justice et les juges suprêmes nationaux<sup>21</sup>, à propos de l'étendue des pouvoirs des services de police afin d'accéder aux données de connexion des citoyens. Le Conseil d'État français s'y est illustré en jugeant que la prévention et la répression des infractions pénales relèvent « exclusivement ou essentiellement de la compé-

tence des États membres »<sup>22</sup>. De cette façon, selon lui, l'impératif constitutionnel de sécurité ne saurait être protégé de manière équivalente au niveau européen et devait être en mesure de faire obstacle au principe de primauté du droit de l'Union et à l'autorité des arrêts de la Cour de justice. Pour rester sur le cas français, alors que le Conseil constitutionnel avait annulé la loi « Avia » destinée à lutter contre la haine en ligne en ce qu'elle imposait un retrait immédiat des contenus suspectés d'être illicites<sup>23</sup>, une disposition similaire se retrouve dans le règlement 2021/784 relatif à la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, ce qui pourrait susciter une nouvelle difficulté constitutionnelle<sup>24</sup>.

Autrement dit, le passage par la compétence européenne relative au marché intérieur afin de neutraliser une partie des législations pénales nationales ne fait que repousser la question du respect de leur diversité en exacerbant les tensions.

C'est pourquoi, une compétence plus directe a été attribuée à l'Union européenne afin d'organiser une coopération entre les autorités pénales étatiques. Sans faire disparaître toutefois le risque de conflit constitutionnel.

## **B. Une compétence directe de coopération**

1. Attribuée par le traité de Maastricht, puis communautarisée « en trompe l'œil » lors du traité d'Amsterdam, et finalement normalisée avec le traité de Lisbonne, la compétence européenne en matière de coopération judiciaire pénale fait l'objet de l'article 82 § 1<sup>er</sup> TFUE (ainsi que de l'article 87 TFUE en ce qui concerne la coopération policière).

18. CJUE, 3 déc. 2019, n° C-482/17, *République tchèque c. Parlement et Conseil*, pt. 56.

19. J. Öberg, « Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, 2016, spéc. p. 110 et s.

20. CJCE, 8 avr. 2014, n° C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et a.*

21. V. en dernier lieu, CJUE, 6 oct. 2020, n° C-511/18, C-512/18 et C-520/18, *La Quadrature du Net et a.*; CJUE, 5 avr. 2022, n° C-140/20, *Garda Síochána et a.*

22. CE, Ass., 21 avr. 2021, n° 393099, *French Data Network et a.*, pt. 10. On relèvera que sur le même sujet la Cour de Cassation s'est quant à elle placée dans une logique pleinement européenne, tout y en apportant des précisions, sans recourir à l'argument conflictuelle de l'identité constitutionnelle, v. Crim., 12 juill. 2022, n° 21-83.710. De façon plus générale, sur l'approche européenne de la Cour de cassation et le dialogue avec la Cour de justice, v. la contribution de H. Matsopoulou dans le présent numéro.

23. Cons. const., 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, n° 2020-801 DC, pt. 8.

24. Art. 3§3 du règlement (UE) 2021/784, préc. À la différence de la disposition nationale annulée, l'obligation européenne de retrait immédiat du contenu en ligne prévoit qu'elle doit se faire sur injonction motivée d'une autorité nationale.

Elle obéit désormais à une procédure ordinaire de codécision et s'articule autour du principe cardinal de reconnaissance mutuelle, semblablement à la liberté économique, tout en recherchant une logique transnationale inverse : son objectif n'est pas de faciliter la libre circulation des biens et des personnes, mais au contraire celle des outils destinés à leur contrôle en vue de lutter plus efficacement contre les infractions. Si l'élément clef de cette coopération consiste à imposer l'exécution dans un État membre de mesures pénales décidées par une autorité d'un autre État membre, que ce soit à un stade sentenciel<sup>25</sup>, pré-sentenciel<sup>26</sup> ou post-sentenciel<sup>27</sup>, d'autres outils plus techniques ont été mis en place sur son fondement, notamment en matière de partage des données<sup>28</sup> ou de financement de la sécurité<sup>29</sup>. Parmi les instruments de coopération pénale transnationale, le plus emblématique d'entre eux demeure le mandat d'arrêt européen<sup>30</sup>. Il est symptomatique des complications juridiques qu'entraîne cette coopération, qui, sans avoir été ignorées, ont probablement été sous-estimées<sup>31</sup> au regard du risque de conflit des droits constitutionnels nationaux entre eux.

Le risque de conflit horizontal entre droits constitutionnels nationaux s'est notamment concrétisé dans l'arrêt *Melloni*, à l'issue duquel la juridiction constitutionnelle espagnole dût se résoudre à revoir sa propre jurisprudence en vue de permettre la remise aux autorités italiennes d'un de leurs ressortissants condamné par contumace<sup>32</sup>. Devant la réticence de la Cour constitutionnelle allemande à faire de même, la juridiction européenne entreprit de poser des limites à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en cas de risque de violation à la fois suffisamment généralisée et individualisée des droits fondamentaux dans l'affaire *Aranyosi et Căldăraru*<sup>33</sup>. Une telle précaution n'a toutefois pas suffi à éviter la condamnation d'un État membre de l'Union européenne, en l'occurrence la France, par la Cour européenne des droits de l'homme, pour avoir exécuté un mandat d'arrêt européen en violation des droits de la Convention dans l'arrêt *Bivolaru et Moldovan c. France*. À cette fin, la Cour européenne a renversé pour la première fois sur le fond la présomption d'équivalence de protection des droits fondamentaux dont jouissent en principe les autorités natio-

- 
25. V. not. les décisions-cadres 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* L 190 du 18 juill. 2002, p. 1-20; 2008/909/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, *JOUE* L 327 du 5 déc. 2008, p. 27-46; 2008/947/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution, *JOUE* L 337 du 16 déc. 2008, p. 102-122.
26. V. not. la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *JOUE* L 130 du 1<sup>er</sup> mai 2014, p. 1-36.
27. V. not. le règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, *JOUE* L 303 du 28 nov. 2018, p. 1-38.
28. V. not. le règlement (UE) n° 513/2014 du parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises, et abrogeant la décision 2007/125/JAI du Conseil, *JOUE* L 150 du 20 mai 2014, p. 93-111.
29. V. not. les directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *JOUE* L 119 du 4 mai 2016, p. 132-149; (UE) 2019/884 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 modifiant la décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil en ce qui concerne les échanges d'informations relatives aux ressortissants de pays tiers ainsi que le système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS), et remplaçant la décision 2009/316/JAI du Conseil, *JOUE* L 151 du 7 juin 2019, p. 143-150.
30. Décision-cadre 2002/584/JAI, préc.
31. Il n'est pas anodin qu'une disposition spécifique de la Constitution française, l'article 88-2 (tel qu'issu de la loi constitutionnelle du 25 mars 2003), continue d'être exclusivement consacrée au mandat d'arrêt européen, alors que les autres domaines initialement envisagés par cette clause en ont progressivement été soustraits (la question monétaire et la question migratoire).
32. CJUE, 26 févr. 2013, n° C-399/11, *Melloni*.
33. CJUE, 5 avr. 2016, n° C-404/16 PPU et C-659/16 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*. Sur l'évolution de la garantie des droits fondamentaux en matière pénale par la Cour de justice, v. la contribution de P. Lemonnier de Gouville dans le présent numéro.

nales lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union européenne<sup>34</sup>, conduisant à placer les juges nationaux dans une situation particulièrement inconfortable. Les difficultés constitutionnelles que soulèvent le mandat d'arrêt européen dans l'Union européenne sont loin d'être entièrement aplanies, comme en témoignent, en France, la question de l'indépendance des autorités nationales pour émettre un tel mandat<sup>35</sup>, ou encore celle du contrôle de la proportionnalité de la peine encourue<sup>36</sup>. En outre, ces risques de conflit majeur ne sont pas limités à la question du mandat d'arrêt, mais semblent au contraire inhérents à tout mécanisme coopératif de reconnaissance transnationale, comme en matière d'enquête européenne<sup>37</sup> ou de gel et de confiscation<sup>38</sup>.

2. Conscients des difficultés de la coopération pénale transnationale, les États membres se sont résolus à transférer à l'Union européenne, via le paragraphe 2 de l'article 82 TFUE, une compétence destinée à en aplanir les obstacles d'ordre procédural en vue d'établir des « règles minimales » communes dans ce domaine.

Différents textes d'harmonisation des procédures pénales nationales ont ainsi pu être adoptés<sup>39</sup>, notamment dans le cadre du programme de Stockholm<sup>40</sup>, concernant les aspects visés par l'article 82 § 2 TFUE à savoir les questions de

preuve, de droit des personnes suspectées, ou encore de droit des victimes (ainsi que toute autre question d'ordre procédural, sous réserve d'un vote à l'unanimité). Si cette nouvelle compétence devait permettre de surmonter d'éventuels conflits inhérents à la coopération transnationale, la question se pose de son autonomie et du champ d'application des harmonisations adoptées sur son fondement. À la lettre, la compétence de l'article 82 § 2 TFUE est ambivalente<sup>41</sup> : d'un côté, elle doit viser à faciliter la « coopération » entre autorités étatiques, mais d'un autre côté, elle permet de procéder à une véritable « harmonisation » des droits procéduraux nationaux à cet effet. Sous cet angle, elle contient en germe un potentiel de fédéralisation de la procédure pénale, qui explique qu'un frein d'urgence ait été institué à l'article 82 § 3 TFUE, sous forme d'appel au Conseil européen et à l'unanimité en cas d'atteinte à des aspects fondamentaux d'un système de justice pénale d'un État membre.

Privilégiant l'esprit plus que la lettre, la jurisprudence a accentué la dimension intégratrice de la compétence européenne en matière de procédure pénale en étendant le champ de l'harmonisation qui en est issue, en l'occurrence la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales,

34. CEDH, 25 mars 2021, n° 40324/16 et 12623/17, *Bivolaru et Moldovan c. France*. Sur les rapports de l'UE avec la CEH en matière pénale, v. la contribution de M. Bouchet dans le présent numéro.

35. CJUE, 12 déc. 2019, n° C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et de Tours)*.

36. Cette question fait l'objet d'un renvoi préjudiciel de la part de la Cour de cassation française dans l'affaire C-168/21.

37. V. la contribution de J. Leblais-Happe dans le présent numéro.

38. V. la contribution de R. Parizot dans le présent numéro.

39. V. not. les directives 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 octobre 2010, relatives au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 280, p. 1 ; la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans les procédures pénales, *JOUE* L 142, p. 13 ; 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2013, relative au droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* L 294, p. 1 ; 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 65, p. 1 ; 2016/800/UE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2016, relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 132, p. 1 ; 2016/1919/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2016, concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *JOUE* L 297, p. 1.

40. Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* C 295, p. 1 ; et Conseil européen, « Le programme de Stockholm – une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », point 2.4, *JOUE* C 115, p. 1.

41. J. Öberg, « Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure », *European Constitutional Law Review* 2020, vol. 16, n° 1, p. 33-62.



non seulement aux situations de coopération transnationale mais aussi aux situations purement internes<sup>42</sup>. Cette généralisation du champ de l'harmonisation procédurale est justifiée par l'argument selon lequel une confiance efficace entre États requerrait l'application de standards procéduraux communs en toutes circonstances, c'est-à-dire en dehors même des hypothèses de coopération. Par voie de conséquence, le contrôle européen des droits procéduraux nationaux sur le fondement de la Charte s'en trouve étendu à l'ensemble des contentieux internes<sup>43</sup>. L'avantage de cette logique extensive est qu'elle évite un éclatement des systèmes procéduraux selon la dimension transnationale ou interne de la situation. L'inconvénient est qu'une telle extension altère la diversité des modèles nationaux qui s'en trouvent standardisés, en réactivant la menace d'un conflit constitutionnel vertical. En outre, une question d'articulation entre les différents textes adoptés sur le fondement de l'article 82 TFUE se pose. Statuant à nouveau sur le fondement de la directive 2012/13/UE, la Cour de justice a estimé, dans un arrêt *Spetsializirana prokuratura* (dit « déclaration des droits ») que les droits à l'information prévus par ladite directive ne concernaient pas les personnes soumises à une procédure transnationale de mandat d'arrêt européen, mais uniquement celles faisant l'objet d'une procédure nationale<sup>44</sup>. Une portée autonome est ainsi donnée à l'harmonisation procédurale par rapport à l'instrument de coopération pénale de base qu'est le mandat d'arrêt européen. En découle, toutefois, un certain paradoxe puisqu'en l'occurrence l'harmonisation pénale s'en trouve plus avancée dans les situations nationales que dans les situations transnationales, alors même que son objectif initial était de faciliter la coopération transfrontière.

Il ressort de ces quelques illustrations que la reconnaissance d'une compétence pénale transnationale à l'Union européenne, qu'elle soit indirecte ou directe, demeure au centre de nom-

breuses tensions, qu'il paraît difficile de surmonter pleinement. Si, par hypothèse, l'ouverture transnationale, ou horizontale, ne prétend pas faire disparaître la diversité des modèles pénaux nationaux, elle implique leur ajustement permanent, voire leur éclatement, au point qu'il devienne parfois plus simple et efficace de rechercher à les harmoniser dans un véritable système pénal commun.

C'est pourquoi le traité de Lisbonne a finalement décidé de l'attribution de compétences pénales à vocation plus ouvertement fédérale qui font l'objet d'une mise en œuvre progressive.

## II. Une fédéralisation en gestation

Par contraste avec la dimension transnationale, ou horizontale, de la compétence pénale, la qualification fédérale entend désigner la dimension *verticale* de l'intervention européenne en vue d'organiser les rapports entre l'Union et ses États membres. Le qualificatif « fédéral » est souvent perçu comme provocateur, voire tabou, dans le contexte européen<sup>45</sup>. Il est vrai qu'il est parfois compris comme désignant le titulaire ultime de la souveraineté, alors qu'il peut aussi être entendu au contraire comme un modèle ne désignant aucun titulaire stable de la souveraineté<sup>46</sup>. C'est en ce sens qu'une fédéralisation se dessine dans le champ pénal européen. Elle ne signifie nullement que toute dimension coopérative ou consociative soit abandonnée, mais uniquement que la compétence européenne vise à produire une norme ou une autorité de superposition, voire de substitution partielle à celle des États membres, dans le but de mener une politique pénale commune à l'échelle européenne. On peut distinguer deux volets à la fédéralisation de la compétence pénale de l'Union européenne. D'une part, un volet substantiel sous forme d'une compétence d'incrimination qui se déploie de façon complexe (A). D'autre part, un volet institutionnel à travers une compétence de

42. CJUE, 13 juin 2019, n° C-646/17, *Gianluca Moro*, pt. 35.

43. *Ibid.*, pt. 68, malgré l'opinion contraire de l'avocat général. J. Ouwerkerk, « EU Competence in the Area of Procedural Criminal Law: Functional vs. Self-Standing Approximation of Procedural Rights and their Progressive Effect on the Charter's Scope of Application », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2019, vol. 27, n° 2, p. 89-96.

44. CJUE, 28 janv. 2021, n° C-649/19, *Spetsializirana prokuratura* (« Déclaration des droits »).

45. Pour un exemple d'utilisation, v. C. Gomez-Jara Diez, *European Federal Criminal Law*, Cambridge University Press, 2015, spéc. p. 55 et s.

46. En ce sens, E. Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, spéc. p. 67 et s.

répression, pour l'instant limitée mais extensible (B).

### A. Une compétence complexe d'incrimination

1. Bien que formellement placé dans le titre relatif à la « coopération » pénale, l'article 83 TFUE va au-delà d'une logique horizontale de mise en relation entre autorités nationales en ce qu'il confère à l'Union européenne la compétence de définir ses propres infractions.

Cette compétence d'« incrimination »<sup>47</sup>, telle qu'issue du traité de Lisbonne, s'exerce selon la procédure ordinaire de codécision en conférant une autonomie à l'Union européenne pour définir une forme de politique criminelle, même si la technique de frein d'urgence, précédemment évoquée, y est également applicable (article 83 § 3 TFUE). Elle a permis d'adopter un certain nombre d'harmonisations substantielles en matière pénale, notamment en matière financière<sup>48</sup>, terroriste<sup>49</sup>, cybernétique<sup>50</sup>, ou encore de traite des êtres humains<sup>51</sup>. Sa complexité découle d'une double limitation de sa portée : à la fois matérielle et normative.

D'un point de vue matériel, tout d'abord, la dimension fédérale de cette compétence d'incrimination est tempérée par la nature grave et transfrontière des infractions qui peuvent en faire l'objet à titre principal, ainsi que le prévoit l'article 83 § 1<sup>er</sup> TFUE. Cependant, une possibilité d'extension à d'autres formes de criminalité a été prévue, sous réserve d'unanimité, ce qu'il est envisagé de faire afin de pénaliser les manquements aux sanctions décidées dans le cadre du conflit ukrainien<sup>52</sup>. En outre, l'article 83 § 2 TFUE ajoute une autre possibilité d'incrimination à titre

accessoire, qui, dans la continuité de la jurisprudence séminale de la Cour de justice *Infractions à l'environnement*<sup>53</sup>, s'étend à la définition de n'importe quel type d'infraction dès lors qu'elle est jugée « indispensable » à l'efficacité d'une politique publique européenne. En découle une compétence à double détente dont les rapports entre les deux fondements qu'elle autorise, principal ou accessoire, ne sont pas pleinement clarifiés.

D'un point de vue normatif, ensuite, la compétence européenne d'incrimination est limitée quant au degré possible d'harmonisation qu'elle autorise. Que ce soit sur le fondement de la compétence principale (83 § 1 TFUE) ou de la compétence accessoire (83 § 2 TFUE), l'harmonisation pénale ne peut être que « minimale » et ne saurait être réalisée que par voie de directives. Ainsi, par exemple, initialement envisagée sous forme de règlement pris sur la base de l'article 325 TFUE, l'incrimination européenne des infractions aux intérêts financiers de l'Union s'est finalement opérée sur la base de l'article 83 § 2 TFUE par une simple directive<sup>54</sup>. Si l'on comprend l'objectif d'une telle limitation normative de la compétence qui est de préserver l'autonomie nationale, elle engendre des incertitudes, toujours problématiques en matière pénale, qui fragilisent l'apport effectif de l'intervention européenne. Comme la Cour de justice l'a systématisé dans l'affaire *Poplawski*, une directive en matière pénale est par principe considérée comme dépourvue d'effet direct, ce qui l'empêche, sauf exceptions, de se substituer au droit pénal national ou même d'en écarter l'application<sup>55</sup>. En outre, il faut ajouter qu'en matière pénale, une directive aura également davantage de difficultés à provoquer une obligation d'interprétation

47. P. Simon, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, 559 p.

48. Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, JO L 151 du 21 mai 2014, p. 1.

49. Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, JO L 88 du 31 mars 2017, p. 6.

50. Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, JO L 218 du 14 août 2013, p. 8.

51. Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JO L 101 du 15 avr. 2011, p. 1.

52. COM (2022) 247 final du 25 mai 2022.

53. CJCE, 13 sept. 2005, n° C-176/03, *Commission c. Conseil*.

54. Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, JO L 198, 28 juill. 2017, p. 29-41.

55. CJUE, 24 juin 2019, n° C-573/17, *Poplawski*, pt. 64.

conforme de la loi pénale nationale, au regard des exigences de sécurité juridique et du principe de légalité des délits et peines<sup>56</sup>.

Cette complexité relativise la portée pratique de la compétence européenne d'incrimination, qui requiert en réalité une étroite imbrication des niveaux européen et nationaux de législation.

2. La compétence d'incrimination de l'Union européenne soulève certaines interrogations au moment de sa mise en œuvre au regard notamment des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui sont supposés en encadrer l'usage<sup>57</sup>.

Sous l'angle de la subsidiarité, en premier lieu, la rédaction de l'article 83 TFUE semble préempter tout contrôle de son respect. En ce que la compétence principale d'incrimination se concentre sur la criminalité grave « revêtant une dimension transfrontière », et en ce que la compétence accessoire se doit d'être « indispensable » à l'effectivité d'une politique publique européenne, leur dimensionnement épuise en large partie le contrôle des deux tests de subsidiarité normalement prévus à l'article 5 § 3 TUE, selon lesquels i) l'action au niveau étatique apparaît insuffisante et ii) l'action au niveau européen présente une réelle valeur-ajoutée. En conséquence, la subsidiarité n'est guère contrôlée en matière d'incrimination, au point que la valeur ajoutée de certaines incriminations européennes par rapport aux droits nationaux apparaisse faible, voire nulle<sup>58</sup>. D'un côté, ce déficit de contrôle est regrettable en ce qu'il pourrait faciliter une banalisation du recours à l'incrimination européenne, voire une inflation répressive sans réelle efficacité. Mais d'un autre côté, le droit pénal remplissant une fonction également symbolique dans la conscience collective, on peut douter qu'une conception exclusivement tech-

nique, voire économétrique, de la subsidiarité soit adaptée à la question du contrôle de l'incrimination européenne. En outre, il n'est pas inenvisageable qu'une évolution se dessine afin que se développe progressivement une conscience pénale plus aiguë au niveau des institutions européennes afin de mieux démontrer la nécessité d'une incrimination commune. Tel pourrait être le cas notamment en prévoyant une obligation de motivation renforcée des propositions de textes législatifs européens d'incrimination. Les acteurs politiques nationaux, notamment les Parlements nationaux érigés en nouveaux gardiens de la subsidiarité (article 12 TUE et Protocole n° 2), possèdent également les moyens de se montrer plus vigilants sur les projets européens d'incrimination<sup>59</sup>.

Sous l'angle de la proportionnalité, en second lieu, le principe général d'encadrement de l'exercice de la compétence européenne prévu à l'article 5 § 4 TUE doit s'articuler avec un principe spécifiquement pénal de la proportionnalité de la sanction vis-à-vis de la gravité de l'infraction, tel qu'il découle notamment de l'article 49 al. 3 de la Charte des droits fondamentaux. Ainsi, même si une incrimination pénale apparaît nécessaire pour atteindre effectivement un objectif de politique européenne, comme par exemple en matière de lutte contre le terrorisme ou de protection de l'environnement, encore faut-il que la sanction qui y est attachée soit suffisamment justifiée. En pratique, cette articulation entre proportionnalité du recours à l'incrimination et proportionnalité de la sanction n'est guère effectuée. Par exemple, il a été relevé que des seuils similaires de sanction avaient été établis au niveau européen, que l'infraction concerne une atteinte tant aux biens qu'aux personnes (s'agissant du faux-monnayage et de la traite des êtres humains)<sup>60</sup>. Aucune échelle cohérente des diffé-

56. *Ibid.*, pt. 67; CJUE, 3 mai 2005, n° C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Berlusconi e.a.*, pt. 74.

57. P. Simon, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 341 et s.

58. Ainsi en est-il de la décision-cadre (2004/757/JAI) sur le trafic de drogue qui n'ajoute pratiquement rien à la convention-cadre des Nations-Unies sur le même objet, à laquelle tous les États membres de l'Union étaient déjà parties, mentionnée en exemple par T. Elholm et R. Colson, « The Symbolic Purpose of EU Criminal Law », *préc.*, spéc. p. 57.

59. Ils l'ont été à propos de la mise en place d'un Parquet européen (v. *infra*), en adressant un « carton jaune » à la Commission sur sa première proposition, v. I. Wiczorek, « The EPPO Draft Regulation passes the first subsidiarity test: an analysis and interpretation of the Commission's hasty approach to National Parliaments' subsidiarity arguments », *German Law Journal* 2015, vol. 16, n° 5, p. 1247-1270.

60. A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations pénales : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. 263-264; P. Simon, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 335.

rentes peines selon la gravité respective des infractions ne semble établie au niveau européen. Cela soulève la difficulté de devoir élaborer une véritable politique pénale hiérarchisant des valeurs et des priorités, et non de recourir de façon ponctuelle et désordonnée à l'incrimination européenne sans logique d'ensemble. Si le manque de contrôle d'une proportionnalité spécifiquement pénale est certainement problématique, cette difficulté, à nouveau, paraît surmontable par la programmation d'une vision à plus long terme de la politique européenne d'incrimination, en concertation avec les organes démocratiques nationaux afin d'en renforcer la cohérence et la légitimité. Il appartiendrait notamment à la Commission européenne de déployer plus de moyens en ce sens.

Il en ressort que l'attribution d'une compétence fédérale d'incrimination au niveau européen ne se traduit pas par un phénomène de vases communicants du pouvoir pénal qui investirait l'Union européenne et désinvestirait ses États membres. Elle implique au contraire une imbrication politique forte des deux niveaux de décision, dans un fédéralisme de type « coopératif »<sup>61</sup>, afin de conjuguer efficacité et légitimité de leur action pénale cumulée.

Dans cette logique de pilotage d'une véritable politique pénale européenne mieux arrimée aux politiques nationales, un organe spécifique a finalement vu le jour : le Parquet européen. Il inaugure une compétence de répression à l'échelle européenne dont le champ demeure pour l'instant limité mais qui pourrait être progressivement étendu.

## **B. Une compétence extensible de répression**

1. La compétence européenne de répression, entendue au sens strict d'engagement et d'exé-

cution de poursuites pénales, est prévue à l'article 86 TFUE et vise à instituer un Parquet européen.

Limitée, en vertu du § 1<sup>er</sup> de l'article 86 TFUE à la répression des « infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », la compétence européenne peut être étendue par le Conseil européen, avec l'approbation du Parlement européen, à la criminalité grave et transfrontière sur le fondement de l'article 86 § 6 TFUE, établissant ainsi un lien avec la compétence d'incrimination. Des propositions en ce sens ont été émises en matière terroriste<sup>62</sup> et environnementale<sup>63</sup>. Cependant, contrairement aux précédentes, cette compétence de répression ne peut être exercée qu'avec l'accord unanime des États membres, expliquant une mise en œuvre laborieuse sous forme de « coopération renforcée » réunissant finalement vingt-deux États membres (n'en font pas partie non seulement l'Irlande et le Danemark, *v. supra*, mais également la Hongrie, la Pologne, et la Suède)<sup>64</sup>. En découle un organe intrigant<sup>65</sup>, le Parquet européen, à dénomination nettement fédérale mais dont l'organisation et le fonctionnement demeurent largement emprunts de coopération intergouvernementale. D'un point de vue structurel, l'hybridité est illustrée par la présence de deux niveaux d'action au sein même de l'organe commun : l'un centralisé au niveau européen (le chef du Parquet et le collègue des procureurs) et l'autre décentralisé au niveau national (l'ensemble des procureurs européens « délégués »). D'un point de vue fonctionnel, l'hybridité se traduit par des compromis ambigus, notamment le fait que le Parquet européen bénéficie d'un droit d'évocation prioritaire des affaires relevant de sa compétence<sup>66</sup> tout en renvoyant aux autorités nationales le soin d'en délimiter l'étendue en cas de désaccord<sup>67</sup>, ou encore que l'action publique soit menée sur le fondement du droit de l'Union mais conformé-

61. R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford University Press, 2009, spéc. p. 5.

62. Il a été envisagé d'étendre la compétence du Parquet européen à la répression des crimes de terrorisme transfrontière, COM (2018) 641 final du 12 septembre 2018.

63. [https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/01/17/crimes-contre-l-environnement-un-defi-pour-le-parquet-europeen\\_6109792\\_3224.htm](https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/01/17/crimes-contre-l-environnement-un-defi-pour-le-parquet-europeen_6109792_3224.htm).

64. Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, préc.

65. Parmi une littérature pléthorique, C. Chevallier-Govers et A. Weyembergh (dir.), *La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen ?*, Bruylant, 2021, 442 p.

66. Art. 27 du règl. (UE) 2017/1939, préc.

67. Art. 25 § 6 du règl. (UE) 2017/1939, préc.

ment à la loi nationale applicable au champ territorial des investigations<sup>68</sup>.

Cette ambivalence suscite inévitablement des interrogations et des difficultés. Il a été reproché d'engendrer des chimères monstrueuses, des incohérences au sein même de la procédure pénale interne, voire des mutations perçues comme profondément déstabilisatrices des modèles pénaux nationaux<sup>69</sup>. S'il est probable que des tensions surgissent de ces mécanismes hybrides, ce n'est pas pour autant qu'il faille nécessairement y voir une source de conflit latent. La légitimité procédurale des compromis trouvés, auxquels – par hypothèse – les États membres qui participent ont unanimement consenti, matérialise l'intérêt commun qui existe à mutualiser certaines ressources en vue d'améliorer l'efficacité de l'action pénale dans des domaines où il est établi que des progrès importants restent à faire. En outre, il faut se garder de toute idée préconçue sur ce que serait un « bon » modèle de justice pénale, supposément immuable pour demeurer cohérent. Au contraire, la diversité des modèles pénaux en Europe invite chacun d'eux à un effort réflexif d'amélioration constante en vue d'exploiter au mieux la richesse des différentes expériences au profit de l'intérêt commun.

2. Reste qu'une source de difficulté probable à venir dans la mise en œuvre de la compétence de répression provient de la sécurité juridique et de la protection des droits fondamentaux, en ce que le choix a été finalement fait que les actes adoptés par le Parquet européen soient le plus souvent considérés comme des mesures relevant du droit national<sup>70</sup>.

Il en découle, d'une part, que le régime des poursuites est susceptible de varier considérablement d'un État à l'autre, ce qui pourrait affaiblir la capacité de défense des personnes poursuivies. La création d'une structure européenne de

défense capable de contrebalancer les pouvoirs d'action concertée du Parquet européen en est rendue nécessaire<sup>71</sup>.

D'autre part, la nationalisation des actes du Parquet européen les rend en grande partie insusceptibles de contrôle par la Cour de justice, que ce soit directement par la voie du recours en annulation, ou même, de façon encore plus embarrassante, indirectement par le biais du renvoi préjudiciel en appréciation de validité<sup>72</sup>. Cette limitation de l'accès des personnes poursuivies à la Cour de justice peut légitimement susciter la perplexité<sup>73</sup>. S'il peut être répondu à la critique d'une potentielle atteinte au droit à la protection juridictionnelle effective de l'article 47 de la Charte par l'argument que les recours devant les juges nationaux restent ouverts conformément à leurs systèmes juridiques, il n'est pas certain que l'égalité devant la justice pénale européenne en soit pleinement garantie. L'hybridité atteint ici ses limites.

## Conclusion

Au terme de cette rapide rétrospective de l'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne, la question plus prospective qui se pose est de savoir si un système pénal hybride, transnationalisé sans être pleinement fédéralisé comme l'est celui de l'Union européenne, peut sereinement perdurer, ou si une fédéralisation plus avancée de la compétence pénale paraît inévitable, voire souhaitable. Longtemps repoussée, une telle éventualité n'est plus à écarter.

Certes, les coûts du fédéralisme pénal sont importants, au premier rang desquels figurent la complexité et l'insécurité qui vont à l'encontre des qualités que recherche un système de justice pénale. Mais tout bien pesé, ces coûts n'apparaissent pas supérieurs à ceux de la conflictualité latente qui caractérise la coopération transnationale en matière pénale, que l'influence britan-

68. Art. 28 du règl. (UE) 2017/1939, préc.

69. E. Verges, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *RSC* janv.-mars 2021, p. 143 et s. Cependant, le témoignage des nouveaux acteurs tend plutôt à soutenir, qu'en pratique, les craintes avancées de dysfonctionnement ne se soient pas réalisées à ce stade, v. F. Baas, *RSC* juill.-sept. 2021, p. 585 et s.

70. Considérant 88 (3) du règl. (UE) 2017/1939, préc.

71. L. Seiler, « Les garanties procédurales offertes à la défense face au Parquet européen », *European Papers* 2021, vol. 6 n° 1, spéc. p. 354 et s.

72. Art. 42 § 1<sup>er</sup> du règl. (UE) 2017/1939, préc.

73. V. Mitsilegas, « European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, vol. 28, n° 2, spéc. p. 259 et s.

nique notamment a longtemps incité à préférer à la fédéralisation.

Cependant, il est clair que tout processus de fédéralisation plus avancée de la compétence pénale européenne ne pourra prospérer qu'au profit d'une culture juridique suffisamment partagée entre les acteurs. Si, en l'état, la définition de concepts et principes communs de justice pénale ne relève pas explicitement de la compétence de l'Union européenne, le mouvement de

fédéralisation émergeant semble l'exiger implicitement<sup>74</sup>.

Préconisée depuis longue date déjà, la construction d'une culture juridique partagée comme préalable à la poursuite de l'intégration pénale n'est pas chose aisée. Elle requiert une prise de recul par la science du droit pénal vis-à-vis de ses propres outils d'analyse et des représentations qui les sous-tendent. C'est ce à quoi ce colloque invite.

---

74. Plaidant pour un ordre juridique pénal européen, v. les conclusions de D. Rebut dans le présent numéro.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### Le rôle de la CJUE dans la construction du droit pénal européen

**Bernadette Aubert**

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Membre de l'ISCrIm'

« La place du droit de l'Union européenne en droit pénal », tel est l'intitulé de cette journée, « la place des normes », celui de la matinée, et nous commençons par « le rôle de la CJUE ». La Cour de Luxembourg a effectivement toujours joué un rôle très important dans la construction du droit de l'Union européenne en général, et particulièrement en droit pénal, ce que je voudrais mettre en avant, ainsi que m'y invite le titre de cette intervention : « Le rôle de la CJUE dans la construction du droit pénal européen ».

L'objectif ne peut être que de souligner quelques grandes orientations et de rappeler quelques affaires emblématiques.

Dans la construction du droit pénal européen, on distingue parfois, avec un de ces jeux de mots dont nous sommes friands, « droit pénal *dans* l'UE » et « droit pénal *de* l'UE ».

Première expression, Droit pénal *dans* l'UE. Cette expression fait référence à une époque pendant laquelle le droit européen n'avait pas la compétence pénale. C'était l'époque où la Cour précisait (ou imposait déjà ?) l'influence du droit de l'UE sur les droits internes : « le traité a insti-

tué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] qui s'impose à leur juridiction » ; « [...] le droit né du traité ne peut [...], en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit [...] »<sup>1</sup>. Cette position prise très précocement par la CJCE, aujourd'hui inscrite dans une déclaration n° 17 du corpus de Lisbonne, n'a jamais été contestée – au moins frontalement – par les juridictions nationales. N'était-ce pas implicitement l'amorce, timide, d'un droit pénal de l'Union ?

Deuxième expression, Droit pénal *de* l'UE. L'expression marque une époque plus récente, initiée à Maastricht et développée à Amsterdam au cours de laquelle, en marge du droit communautaire, dans un troisième pilier, l'institution s'est engagée sur le terrain pénal. C'est à partir de ce moment-là, et seulement, que l'on a parlé de « compétence pénale » de l'UE.

Globalement, la Cour est restée réservée à l'égard de cette affirmation. Nous signalerons cependant quelques arrêts dans lesquels elle s'avance, lentement et prudemment, dans cette direction.

1. CJCE, 15 juill. 1964, n° C-6/64, *Costa c. ENEL*, § 3.

Toutefois, on s'aperçoit que cette dichotomie que je viens d'évoquer (droit pénal *dans/de* l'UE) est dépassée. C'est pourquoi, revenant à l'intitulé général du colloque, je vais plutôt m'interroger sur les domaines du droit pénal impactés par le droit de l'Union tel que cela apparaît à la lecture de la jurisprudence.

Le premier domaine touché directement est sans nul doute, hier comme aujourd'hui, l'incrimination. C'est la norme centrale, primaire de tout le droit pénal. Je définis l'incrimination au sens où l'entendait Claude Lombois, comme une norme de comportement dont la violation est pénalement sanctionnée, peu importe à ce niveau le contenu précis et les modalités de la norme de pénalité. Ce qui compte, c'est son existence, la certitude que l'on est bien en droit pénal. Nous verrons que cela n'a pas toujours été un obstacle pour la Cour (I).

Le deuxième domaine touché est celui de la coopération. La révolution sur cette question est venue avec le principe de reconnaissance mutuelle énoncé dans le Traité. Nous verrons quelle a été l'approche de ce principe par la CJUE (II).

Le dernier domaine exploré, duquel nous dirons quelques mots, est celui du contenu et des modalités de la peine. Domaine au cœur de la souveraineté, il est celui dans lequel le juge européen semble aujourd'hui « s'aventurer » (III).

## I. Incrimination

De façon indirecte mais précise, la Cour de justice s'est engagée dans une double voie : exiger

la mise à l'écart de l'incrimination nationale qui freinerait l'application des règles permettant la construction européenne (A); obliger l'activation du droit national, éventuellement pénal, pour faciliter la mise en œuvre du droit européen (B). Ainsi que l'exprimait Mme Delmas-Marty, « le système n'aboutit pas seulement à neutraliser le droit de punir des États. Il est aussi incitation à punir. »<sup>2</sup>

### A. Interdiction d'incriminer

Dès les premières années de la Communauté européenne, la CJCE a considéré qu'aucune disposition interne, y compris pénale, ne pouvait remettre en cause la liberté de circulation des personnes, des services et des capitaux, toute mesure d'effet équivalant à une restriction de ces mêmes libertés communautaires devant s'effacer, être écartée par le juge national. Le principe de primauté, tel qu'il a été formulé dans l'arrêt *Costa contre ENEL*, permettait à l'évidence de résoudre la contradiction entre la règle nationale (qui interdit, même pénalement) et la règle communautaire (qui autorise), la seconde l'emportant sur la première.

Le rôle joué par la Cour de justice est important. De nombreux arrêts ont été nécessaires pour que la règle soit connue et respectée par les juridictions internes. Encore fallait-il qu'elle soit saisie<sup>3</sup>.

Concernant la France, et sans empiéter sur le rapport relatif à la réception par la chambre criminelle des décisions de la CJUE<sup>4</sup>, je voudrais rappeler deux repères historiques dans lesquels l'incrimination a été écartée.

2. M. Delmas-Marty, « Le cinquantenaire de la fondation de la revue, Rapport introductif », *RSC* 1987, p. 25, spéc. p. 32.

3. Jusqu'à une date relativement récente, le recours en interprétation a rarement été utilisé par la Cour de cassation française. Ce n'est plus le cas depuis la fin de la décennie 2010, l'année 2017 semblant correspondre à une modification de politique, v. B. Aubert, *RSC* 2017, p. 395. Historiquement, rappelons que la chambre criminelle ne l'avait spontanément utilisé que trois fois, en 1982, 1994 et 2014 : v. *Crim.*, 4 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 1, *Administration des impôts/Soler*; *Crim.*, 3 oct. 1994, *Bull. crim.* n° 309, *Pistre*, *RSC* 1995, p. 342; C. cass., *Rapport pour l'année 1994*, p. 429; *Dr. pén.* 1995, comm. 124; J.-H. Robert, *Dr. pén.* 2002, comm. 21 et *Crim.*, 9 sept. 2014, n° 13-85.927, *Bull. crim.* n° 182, X... Adde B. Aubert, *Le droit international devant la chambre criminelle, cinquante ans de jurisprudence*, PUF, 2000, spéc. n° 288 et s. Un certain nombre d'occasions ont été manquées : v. spéc. B. Aubert, « Application du droit communautaire par les juridictions internes », *chron.* « Droit de la Communauté et de l'Union européennes », *RSC* 2005, p. 398 et B. Aubert, « Du bien-fondé du recours en interprétation préjudicielle », *chron. préc.*, *RSC* 2009, p. 454. V. également E. Dubout, P. Simon et L. Xenou, « La Charte des droits fondamentaux au sein des États membres (rapport français) », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La Charte saisie par les juges en Europe*, Pedone, coll. « Cahiers européens », n° 10, 2017, p. 327, spéc. p. 352.

4. Rapport présenté par Haritini Matsopoulou.



- Première date : 28 novembre 1974<sup>5</sup>. Il s'agit de la première saisine en interprétation préjudicielle de la CJCE (réponse le 30 septembre 1975 sur saisine par la Chambre criminelle qui avait accepté le recours proposé par la Cour d'appel) dans une affaire où la méthode française de suralcoolisation des vins était plus pénalisante que la méthode préconisée par le droit européen.
- Deuxième date : 1<sup>er</sup> octobre 1979<sup>6</sup>. La chambre criminelle accède à la demande du pourvoi en suspendant la procédure dans une affaire où la commission avait exercé un recours en manquement auquel répond la CJCE le 10 juillet 1980. La réglementation française sur la publicité sur les alcools constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation.

Cette incidence négative du droit de l'UE sur les incriminations nationales est désormais bien intégrée en jurisprudence. J'en donne, toujours concernant la France, un seul exemple dans le domaine très sensible du contrôle des stupéfiants. La Cour de justice, le 19 novembre 2020<sup>7</sup>, rappelle le principe de la libre circulation des marchandises, les limites possibles et nécessairement fondées sur des considérations qui ne peuvent être purement hypothétiques (articles 34 et 36 du TFUE) et souligne l'obligation de commercialiser sur le territoire des États membres toute marchandise légalement produite sur le territoire d'un autre<sup>8</sup>.

Dans chacun de ces contentieux, le droit interne doit être écarté, effacé. Il y a manifestement une interdiction d'incriminer, ce que Geneviève Giudicelli-Delage traduit par une « atteinte au droit de punir »<sup>9</sup>.

## B. Obligation d'incriminer

L'adhésion à l'Union européenne engage chacun des États membres non seulement à ne pas freiner les avancées décidées par les institutions européennes mais également à être actif dans les politiques mises en place afin que les objectifs auxquels ils ont adhéré soient atteints. C'est le principe de la coopération loyale des États envers l'Union. Pour ce faire, la Cour de justice impose la mobilisation du droit interne pour que la violation d'un texte ou d'un principe, l'un et l'autre européens, soit sanctionnée. Cette intervention jurisprudentielle est plus problématique dans les cas où elle oblige les États à légiférer et, plus encore, lorsque la nouvelle norme doit être pénalement réprimée.

Quel est le rôle de la jurisprudence de la Cour sur ce point ? Chronologiquement, on peut observer trois étapes relevant de trois contentieux différents : le recours en manquement, le recours en annulation, le recours en interprétation préjudicielle.

### Le contentieux du recours en manquement.

L'arrêt emblématique de cette « atteinte au droit de ne pas punir » est du 21 septembre 1989<sup>10</sup>. Il s'agit de l'arrêt *Commission contre République Hellénique*, affaire dite du « Maïs grec ». La fraude au budget de l'Union européenne décelée par la Commission européenne avait entraîné la condamnation de la République Hellénique pour manquement à ses obligations communautaires. La Cour affirme que les États doivent « veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance simi-

- 
5. Crim., 28 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 355, *Gallet*. La demande de sursis à statuer avait été faite par le prévenu ; la cour d'appel l'avait acceptée, la chambre criminelle également après avoir reformulé les questions. La CJCE répond le 30 septembre 1975, aff. Jointes 10 à 14/75, *Recueil* p. 1053. Sur ces contentieux, v. B. Aubert, *Le droit international devant la chambre criminelle, cinquante ans de jurisprudence, op. cit.*, n° 300 et s. et 598 et s.
  6. Crim., 1<sup>er</sup> oct. 1979, *Bull. crim.* n° 262, *Rossi Di Montalera* ; CJCE, 10 juill. 1980, n° C-152/78, Rec. 2299. V. B. Aubert, *Le droit international devant la chambre criminelle, cinquante ans de jurisprudence, op. cit.*, n° 602.
  7. CJUE, 19 nov. 2020, *B S et C A*, n° C-663/18. Elle était saisie par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. V. Y. Bisiou, *AJ pénal* 2021, p. 84 ; R. Colson, « Le cannabidiol extrait de la plante de cannabis, une marchandise qui peut librement circuler au sein du marché européen », *D.* 2021, p. 1020 ; B. Aubert, *RSC* 2022, p. 453.
  8. En application de cette décision, la Cour de cassation a écarté les textes nationaux litigieux, obligeant par là même le législateur à modifier les textes. Crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212, pub. au Bull. V. J. Tricot, *Europe* 2021, n° 24 ; M. Bendavid, *AJ Pénal* 2021, p. 423 ; B. Aubert, *RSC* 2022, p. 453.
  9. Giudicelli-Delage, in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 19, Société de législation comparée, 2010, spéc. p. 305 et s.
  10. CJCE, 21 sept. 1989, n° C-68/88, *Commission c. République hellénique*.

lares et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif » (§ 24).

Très largement commenté en doctrine, nous dirons simplement que cet arrêt dégage deux grands principes :

- Un principe d'équivalence, qui exige des institutions internes qu'elles considèrent une fraude au budget de l'Union aussi grave que s'il s'agissait du budget national ; la protection des intérêts financiers de l'UE en dépend.
- Un principe d'effectivité de la sanction, qui a pour corollaire qu'elle soit efficace, dissuasive et proportionnée à la gravité de l'infraction commise.

Insérés dans le traité instituant la Communauté européenne (Amsterdam, article 280)<sup>11</sup>, ces deux principes sont devenus d'application directe et priment le droit interne. De leur combinaison, il résulte, implicitement, que si la fraude interne est sanctionnée pénalement, la fraude au budget de l'Union doit l'être également.

### Le contentieux du recours en annulation.

Viennent ensuite deux arrêts *Commission contre Conseil*, l'un de 2005 et l'autre de 2007.

L'arrêt du 13 septembre 2005<sup>12</sup> concerne le domaine de l'environnement.

À l'origine du contentieux, le Conseil de l'Union veut adopter une décision-cadre afin d'obliger les États à créer des incriminations dans certains cas d'atteintes graves à l'environnement. Mais la Commission conteste le fondement sur lequel les dispositions sont prises. Elle argumente en expliquant qu'elle seule doit pouvoir mettre en place les mesures susceptibles de protéger ce secteur dont elle a la responsabilité. La rivalité institutionnelle va jusque devant la Cour de justice, qui est saisie par la Commission d'un recours en annulation.

Avec beaucoup de précautions, la CJCE commence par rappeler le principe selon lequel le droit pénal n'est pas de la compétence de l'UE,

qui demeure de la compétence des États, donc de celle du Conseil de l'UE. Pour autant, elle donne raison à la Commission dans la mesure où le traité lui a donné cette compétence pour la protection de l'environnement (art. 174 et s. TCE), compétence pouvant s'étendre à toute disposition utile, le cas échéant, aux dispositions pénales. L'arrêt décide donc qu'une directive peut être adoptée, de préférence à une décision-cadre, et que cette directive peut obliger les États à créer des incriminations.

Mais la Cour demeure assez évasive sur les modalités concrètes du partage de la compétence pénale entre la Commission et les États.

Des précisions viendront en 2007, par l'arrêt rendu le 23 octobre<sup>13</sup> dans un litige qui opposait à nouveau Commission et Conseil dans un domaine voisin de l'environnement, celui du transport maritime pouvant entraîner des pollutions en mer. De la même manière, la Commission avait considéré que le fondement n'était pas légitime et qu'il lui revenait de prendre un texte obligeant les États à adopter des mesures fortes, y compris pénales.

La CJCE va être plus précise que dans l'affaire précédente : elle distingue mieux entre les obligations d'incriminer et les modalités de la norme de pénalité. La Commission peut obliger les États à incriminer (norme de comportement dont on sait que la violation sera pénalement sanctionnée) mais le contenu (amende, emprisonnement...) et les modalités de la pénalité (durée de la peine, confiscation...) relèvent du Conseil (troisième pilier).

### Le contentieux du recours en interprétation préjudicielle.

Deux derniers arrêts issus cette fois du contentieux de l'interprétation préjudicielle sont venus expliciter ce qui était sous-entendu dans l'arrêt *Mais grec*. Il s'agit de l'arrêt *Taricco* et de l'arrêt *M.A.S. et M.B.* (dit *Taricco II*), rendus respectivement les 8 septembre 2015<sup>14</sup> et 5 décembre 2017<sup>15</sup>. Ils expriment de

11. L'article 209-A du traité de Maastricht était peu explicite relativement au principe d'effectivité de la sanction. Il est clairement exprimé à l'article 280, al. 1<sup>er</sup> TCE (version Amsterdam) et repris à l'article 325 TFUE (version Lisbonne).

12. CJCE, 13 sept. 2005, n° C-176/03, *Commission c. Conseil*.

13. CJCE, 23 oct. 2007, n° C-440/05, *Commission c. Conseil*.

14. CJUE, 8 sept. 2015, n° C-105/14, *Procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*, RSC 2016, p. 851, chron. J. Tricot ; A.-L. Mosbrucker, *Europe* 2015, comm. 445.

15. CJUE, 5 déc. 2017, n° C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, RSC 2018, p. 1015, spéc. p. 1037, chron. J. Tricot ; *AJDA* 2018, p. 615, étude J. Arlettaz ; *RTD eur.* 2018, p. 173, obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza ; *RTD eur.* 2018, p. 475, obs. A. Maitrot de la Motte ; *RTD eur.* 2018, p. 563, étude E. Dubout.

façon très claire l'obligation née du droit de l'Union pour les États de recourir parfois à la voie pénale. Certes, lorsque l'atteinte à la protection des intérêts financiers est grave, « les États membres disposent d'une liberté de choix des sanctions applicables, lesquelles peuvent prendre la forme de sanctions administratives, de sanctions pénales ou d'une combinaison des deux »<sup>16</sup>. Mais « des sanctions pénales peuvent être indispensables pour combattre de manière effective et dissuasive certains cas de fraude grave à la TVA »<sup>17</sup>.

Nous sommes donc en présence d'une construction prétorienne, sans doute encore en voie d'élaboration. On voit se dessiner une distinction entre obligation d'incriminer et modalité de la pénalité. L'obligation d'incriminer, c'est-à-dire prévoir des sanctions pénales applicables à la violation d'une norme de comportement préalablement définie par le droit de l'Union, relèverait de la Commission, tout au moins dans certains domaines de sa compétence (PIF, environnement... ?). Les modalités de la norme de pénalité (emprisonnement, amende, confiscation...) resteraient à définir selon le droit national et ne pourraient être envisagées que par des normes émanant du Conseil.

## II. Coopération

Depuis le traité d'Amsterdam et l'avènement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les règles de la coopération en matière pénale ont été profondément modifiées entre États membres de l'Union européenne.

Le remplacement de l'extradition par le mandat d'arrêt européen en est l'exemple le plus connu et la reconnaissance mutuelle en est le principe que l'on peut qualifier de révolutionnaire.

Le nouveau titre du traité et de nombreuses dispositions du droit dérivé fournissent désor-

mais la partie essentielle de la jurisprudence de la Cour dans le domaine pénal. Un auteur affirme que la jurisprudence de la Cour, sans perdre ses traits proprement européens, « se montre "de plus en plus pénale" »<sup>18</sup>. En parallèle, la Charte des droits fondamentaux attire l'attention de tous sur d'autres problématiques particulièrement importantes en droit pénal. La Cour se trouve ainsi confrontée à cette tension que tous les praticiens de la procédure pénale connaissent bien : efficacité collective/respect des droits individuels.

Perspectives nouvelles donc, mais sur un arrière-fond constant : celui de la réticence voire de la résistance des États à mettre en œuvre le droit de l'Union. Confrontée au premier chef à ces résistances, la Cour de justice y répond parfois par des décisions que l'on a pu estimer « engagées ». Perrine Simon, dans sa thèse<sup>19</sup>, l'avait noté à propos des décisions « Environnement » précitées. Juliette Tricot fait également l'hypothèse que le mandat d'arrêt européen pourrait être « instrumentalisé par la Cour (et plus largement les juges européens) pour résoudre ou à tout le moins aborder les crises qui traversent la construction européenne. Des crises qui sont essentiellement politiques et pour cette raison lui échappent mais dont les traductions et les effets sont juridiques de sorte qu'elle peut être tentée d'exercer, par leur intermédiaire, la pression ou l'influence qui font défaut dans l'espace politique ».<sup>20</sup>

Nous nous en tiendrons ici à la jurisprudence MAE en relevant une approche évolutive de la CJUE qui, d'abord, exige de faire respecter le principe de reconnaissance mutuelle avant de rechercher l'équilibre entre confiance mutuelle et protection individuelle.

### A. Faire respecter le principe de confiance mutuelle

Fidèle à sa mission première consistant à faire appliquer le droit européen, la Cour de justice

16. § 34, Arrêt *M.A.S., M.B.* qui renvoie au § 39 de l'arrêt *Procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*

17. § 35, Arrêt *M.A.S., M.B.* qui renvoie aux § 42 et 43 de l'arrêt *Procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*

18. J. Tricot, *RSC* 2018, p. 203, spéc. p. 211.

19. L'auteur explique que ces « deux décisions sont intervenues dans un moment de crise, après l'échec du traité établissant un projet de Constitution pour l'Europe qui consacrait une compétence pénale accessoire aux politiques de l'Union dans des termes similaires à ceux posés par la Cour. », P. Simon, *La compétence pénale d'incrimination de l'Union européenne*, coll. « Droit de l'Union européenne », Thèses, Bruylant, n° 8, p. 43, 2019.

20. J. Tricot, « L'hypothèse de la supervision mutuelle : leurre, recul ou progrès pour le mandat d'arrêt européen ? », disponible en ligne : <https://www.penal.org/sites/default/files/files/FR-A-03-2021-Tricot.pdf>

s'est enquis de faire respecter le principe de reconnaissance mutuelle indiqué dès le deuxième considérant du préambule et à l'article 1.2 de la décision-cadre<sup>21</sup>. L'application scrupuleuse de ce principe mis en avant depuis Tampere, a conduit la Cour à mettre de côté de façon relativement radicale les droits et libertés fondamentaux. Il faut se rappeler que la décision-cadre elle-même ne contenait pas de dispositions expresses relativement aux droits fondamentaux ; seuls le considérant 12 du Préambule auquel il convient d'associer l'article 1.3 de la décision-cadre s'y référaient et de façon vague. La Cour de justice n'était pas encline, voire réticente à viser ces dispositions dont le contenu était plus tacite qu'expressif d'obligations. Elle avait, dans quelques arrêts, « signifié sa méfiance sinon son opposition à l'application de motifs de refus ou de conditions »<sup>22</sup> pouvant être tirés de ces dispositions. Nous en citerons deux, rapidement.

**Arrêt Radu**<sup>23</sup>. Plusieurs MAE avaient été émis contre cette personne par les autorités allemandes pour vols avec violences. M. Radu refusait sa remise en invoquant les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui, selon lui, exigeait qu'il soit entendu par une autorité judiciaire de l'État d'émission, avant remise. Si la réponse apportée par la Cour ne prête pas à discussion en raison de l'objectif de célérité de la procédure mise en place par le MAE, les considérations de la Cour sont plus sujettes à interrogation. On note trois temps dans la démonstration. D'abord, « les États membres ne peuvent refuser d'exécuter un tel mandat que dans les cas de non-exécution obligatoire prévus [...] ainsi que dans les cas de non-exécution facultative [...] » (§ 35). Ensuite,

« l'autorité judiciaire d'exécution ne peut subordonner l'exécution d'un mandat d'arrêt européen qu'aux seules conditions définies à l'article 5 de ladite décision-cadre » (§ 36). Enfin, elle affirme de façon péremptoire, qu'« en tout état de cause, le législateur européen a assuré le respect du droit d'être entendu dans l'État membre d'exécution de façon à ne pas compromettre l'efficacité du mécanisme du mandat d'arrêt européen » (§ 41). Ainsi que l'expliquent certains auteurs<sup>24</sup>, il existerait donc une « présomption générale de conformité du mécanisme MAE ». Si cela est acceptable, il n'en reste pas moins que chaque situation est différente et qu'il appartient à la Cour de répondre à toutes les questions, « l'existence de mécanismes de contrôle des droits fondamentaux ne suffi[sant] pas à garantir qu'ils sont toujours respectés et qu'il ne reste pas des problèmes résiduels »<sup>25</sup>.

**Arrêt Melloni**<sup>26</sup>. Dans cette affaire, Melloni était réclamé par l'Italie à l'Espagne aux fins d'exécution d'une peine prononcée hors de sa présence<sup>27</sup>. La personne recherchée invoquait l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>28</sup> dès lors que le droit italien ne lui permettait pas d'exercer un recours contre la condamnation prononcée. Cette impossibilité posait problème à la juridiction espagnole qui avait saisi la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle afin de savoir si l'État d'exécution du MAE pouvait conditionner la remise à une révision de la condamnation prononcée dans l'État d'émission ainsi que l'exigeait le tribunal constitutionnel espagnol<sup>29</sup>. La Cour répond par la négative dès lors que cela « aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette

21. « Les États membres exécutent tout mandat d'arrêt européen, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et conformément aux dispositions de la présente décision-cadre. »

22. J. Tricot, *RSC* 2016, p. 851, spéc. p. 862.

23. CJUE, 29 janv. 2013, n° C-396/11, *Ciprian Vasile Radu*.

24. P. Beauvais, « La Cour de justice, le mandat d'arrêt européen et les droits fondamentaux constitutionnels et européens », *RTD eur.* 2013, chron. « Droit pénal de l'Union européenne », p. 812. V. aussi P. Simon, *La compétence pénale d'incrimination de l'Union européenne*, op. cit., n° 245, p. 430.

25. P. Beauvais, « La Cour de Justice, le mandat d'arrêt européen... », préc.

26. CJUE, 26 févr. 2013, n° C-399/11. Sur ces questions, v. aussi, CJUE, 30 mai 2013, n° C-168/13 PPU, *Jeremy c. Premier ministre*.

27. Mais l'intéressé avait donné mandat à un conseil juridique pour le défendre.

28. L'article 53, intitulé « Niveau de protection » prévoit qu'« aucune disposition de la Charte ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits humains et aux libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par les Constitutions des États membres ».

29. Mais sa jurisprudence ne semblait pas être en conformité avec la modification de la décision-cadre effectuée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 févr. 2009.

décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre » (§ 63). Dans cet arrêt, la « déférence manifeste »<sup>30</sup> de la Cour de Luxembourg au législateur européen a conduit les juridictions nationales à réagir.

Ces jurisprudences européennes n'ont, en effet, pas convaincu. C'est le cas en France. La chambre criminelle de la cour de cassation, après une période très « obéissante », a considéré que la reconnaissance mutuelle nécessitait une connaissance plus appuyée du droit de l'État d'émission du mandat<sup>31</sup>. C'est aussi le cas de l'Allemagne<sup>32</sup>, depuis longtemps vigilante aux incursions de la politique européenne dans les droits nationaux.

### **B. Équilibrer confiance mutuelle et protection individuelle**

La tendance à mettre en avant le principe de reconnaissance mutuelle s'assouplit à partir de l'année 2016. On peut considérer que la Cour prend en compte à la fois confiance (mutuelle) et protection (individuelle).

La décision qui annonce cette ouverture est l'arrêt *Aranyosi et Caldaru*, du 5 avril 2016<sup>33</sup>. La remise était demandée par la Roumanie et la Hongrie aux autorités allemandes. La question posée concernait les conditions de détention possiblement vécues par ces deux individus en cas de remise et l'éventualité de traitements inhumains et dégradants qui pourraient s'ensuivre. L'interrogation était importante puisqu'un tel risque de violation n'était pas prévu comme motif de non-exécution dans la décision-cadre.

Malgré ce silence, et rompant avec sa jurisprudence antérieure qui refusait d'examiner « l'implicite »<sup>34</sup> de la décision-cadre, la Cour va ouvrir une brèche.

Certes, elle rappelle que la confiance mutuelle « impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, [...] que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit » (§ 78). Mais elle ajoute que « des limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre États membres p[eu]vent être apportées "dans des circonstances exceptionnelles" »<sup>35</sup>.

Pour « border » cet assouplissement prétorien et faire en sorte que les États membres ne perdent pas de vue l'obligation de reconnaissance mutuelle des mécanismes nationaux, la Cour exige<sup>36</sup> des juridictions qu'elles utilisent les possibilités offertes par la décision-cadre relativement au complément d'informations afin de mieux évaluer le risque réel que pourrait subir l'individu réclamé. La reconnaissance suppose la confiance, elle-même étant fondée sur la connaissance.

### **III. Sanction**

Le troisième domaine touché concerne la peine. Qu'en est-il de la sanction, c'est-à-dire la peine, ses modalités, son exécution, le cœur de la souveraineté pénale ?

Nous sommes à la fois sur l'incrimination (c'est la norme de pénalité, celle qui permet la sanction de la violation de la règle) et sur la question de la reconnaissance mutuelle. Si je me réfère à ce que j'ai dit en première partie sur

30. V. P. Simon, *La compétence pénale d'incrimination de l'Union européenne*, op. cit., spéc. n° 246 et s. et les réf.

31. V. B. Aubert, *RSC* 2011, p. 466, spéc. p. 469 et s.

32. La Cour constitutionnelle fédérale avait annulé les ordonnances autorisant la remise d'un individu avant même qu'une juridiction allemande n'interroge la CJUE sur les conditions de détention dans l'État d'émission du mandat d'arrêt. V. CJUE, 15 oct. 2019, n° C-128/18, *Dorobantu*.

33. CJUE, 5 avr. 2016, aff. jointes *Pál Aranyosi* (n° C-404/15) et *Robert Caldaru* (n° C-659/15 PPU); M-E. Boursier, *AJ pénal* 2016, p. 395. V. J. Tricot, *RSC* 2016, p. 851, spéc. p. 861; P. Simon, *La compétence pénale d'incrimination de l'Union européenne*, op. cit., n° 247, p. 433 et les réf.

34. Terme emprunté à J. Tricot, *RSC* 2018, p. 203.

35. § 82 qui renvoie à CJUE, avis 2/13 du 18 déc. 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, § 191.

36. V. CJUE, 25 juill. 2018, n° C-220/18 PPU, *ML.*, *RSC* 2018, p. 1015 (La mise en place d'un recours juridictionnel effectif ne saurait à lui seul écarter l'existence d'un risque de traitement inhumain et dégradant). V. également, des précisions apportées par la Cour sur le contrôle des conditions de détention, les conditions relatives à la durée de la peine, la réinsertion sociale et adaptation de la peine, les conditions de surpopulation carcérale au vu de la situation et de l'endroit où sera emprisonnée la personne, J. Tricot, *RSC* 2020, p. 991.

l'obligation d'incriminer, la Cour ne s'est guère aventurée sur le contenu même de la peine. Mais si j'observe le contentieux de la coopération, alors je constate que quelques arrêts font que la Cour s'immisce sur ce terrain. Nous prendrons deux exemples significatifs. L'un relatif à l'exécution de la peine privative de liberté dans un État qui n'a pas prononcé la sanction, l'autre relatif à la possible confusion des peines.

### **A. Reconnaissance mutuelle et exécution d'une peine privative de liberté**

Dans le premier arrêt, *Ognyanov*<sup>37</sup>, était en cause le respect du principe de la reconnaissance mutuelle via l'application des dispositions de la décision-cadre 2008/909<sup>38</sup> relative à l'exécution dans un État de l'Union d'une peine privative de liberté prononcée dans un autre. Dans quelle mesure l'État d'exécution de la peine doit-il respecter les conditions d'exécution de la peine, imposées par l'État de condamnation ?

L'individu concerné, M. Ognyanov, est un ressortissant bulgare condamné au Danemark à 15 ans d'emprisonnement. Il avait exécuté une partie de sa peine dans l'État de condamnation avant d'être transféré dans son État d'origine, la Bulgarie. Il fallait donc déterminer la durée de la peine restant à purger, étant entendu que le droit danois interdisait d'imputer la durée de travail réalisée pendant la détention sur la durée totale de la peine alors que cela était imposé par le droit bulgare.

Se fondant sur la décision-cadre précitée, la Cour considère que l'État d'exécution ne peut « accorder à la personne condamnée une réduction de peine en raison du travail qu'elle a accompli pendant sa détention dans l'État d'émission, alors que les autorités compétentes de ce dernier État n'ont pas, conformément au droit de celui-ci, accordé une telle réduction de peine ».

Autrement dit, si, sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle, la peine est exécutée (en tout ou partie) sur le territoire de l'État d'exécution, ce même principe impose à ce

même État de respecter strictement les conditions imposées par l'État qui a prononcé la sanction. Application extrêmement restrictive du principe de reconnaissance mutuelle s'il en est. Ainsi que l'exprime Juliette Tricot, « à ce stade, on ne peut que constater le déploiement des effets de la logique – implacable – de la reconnaissance mutuelle qui postulant la proximité et impliquant l'équivalence des systèmes pénaux des États membres et des garanties qu'ils offrent, génère un droit, des principes et des règles « autonomes », et ainsi des solutions concrètes *ad hoc* qui ne sont prévues ni par les droits nationaux concernés ni par le droit de l'Union qui se borne à tracer un cadre dont le contenu est fait de la diversité des peines et de leurs régimes d'exécution ». <sup>39</sup> On ajoutera que lorsqu'un transfèrement a lieu, c'est aussi pour que l'individu concerné puisse profiter d'une meilleure réinsertion sociale; la solution préconisée par la CJUE pourrait ne pas la faciliter.

### **B. Reconnaissance mutuelle et confusion des peines**

Dans le deuxième arrêt, *Bershtkov*<sup>40</sup>, la question était de savoir si un État membre pouvait, à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, procéder à la confusion des peines étant entendu que la première condamnation avait été prononcée dans un autre État de l'Union. S'appliquait la décision-cadre 2008/675<sup>41</sup> relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre États membres à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale.

M. Bershtkov avait été condamné, en Autriche, à une peine privative de liberté de dix-huit mois, dont six mois d'emprisonnement ferme et douze mois assortis d'un sursis probatoire avec une période de mise à l'épreuve de trois ans. Il avait également été condamné en Bulgarie à une peine d'emprisonnement ferme d'un an. Ayant intégralement exécuté la peine prononcée en Autriche, il demandait à bénéficier du régime de confusion des peines, applicable en Bulgarie.

37. CJUE, 8 nov. 2016, n° C-554/14, J. Tricot, *RSC* 2018, p. 203.

38. Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, *JOUE* L 327/27.

39. J. Tricot, *RSC* 2018, p. 203, spéc. p. 219.

40. CJUE, 21 sept. 2017, n° C-171/16, J. Tricot, *RSC* 2018, p. 203.

41. Décision-cadre du Conseil du 24 juillet 2008, *JOUE* L 220, 15 août 2008, p. 32-34.

Le droit bulgare impose non seulement l'application de la « peine totale » la plus lourde, en l'occurrence la peine de dix-huit mois prononcée en Autriche, mais interdit, en outre, l'application du sursis lorsque l'intéressé a déjà été condamné plusieurs fois à des peines privatives de liberté en Bulgarie, ce qui était le cas. Or, en vertu de la condamnation autrichienne, entièrement exécutée, douze des dix-huit mois d'emprisonnement étaient assortis du sursis. En conséquence, le juge bulgare interrogeait la Cour de Luxembourg pour savoir s'il pouvait modifier le mode d'exécution de la peine prononcée en Autriche et appliquer une peine totale de dix-huit mois d'emprisonnement ferme, tout en déduisant de celle-ci la période de six mois déjà purgée en Autriche.

La Cour de justice refuse au motif que cela méconnaîtrait le principe de reconnaissance mutuelle qui consiste à « prendre en compte »<sup>42</sup>, sans pouvoir y toucher, les décisions rendues dans l'État membre de première condamnation.

Là encore, l'application rigide du principe de la reconnaissance mutuelle a des conséquences possiblement négatives pour les individus. Or le principe de reconnaissance mutuelle a pour objectif de faciliter la coopération et éviter que les délinquants n'échappent à la répression; il n'a pas pour dessein de durcir la situation des personnes condamnées. D'ailleurs, la décision-cadre proposait un assouplissement dans l'hypothèse « où, si la condamnation antérieure avait été une condamnation nationale dans l'État membre où se déroule la nouvelle procédure, la prise en compte de la condamnation antérieure

aurait eu pour effet [...] d'influer sur la condamnation antérieure ou toute décision relative à son exécution, de les révoquer ou de les réexaminer ». Si la Cour vise cette disposition, elle ne l'utilise pas.

Peut-être, ainsi qu'elles l'ont déjà fait à propos du mandat d'arrêt européen, les juridictions nationales devront-elles « résister » pour que la CJUE applique le principe de la reconnaissance mutuelle dans toutes ses dimensions, à savoir en respectant les règles de l'État de condamnation tout autant que celles de l'État d'exécution et en tenant compte des objectifs à atteindre.

\* \* \*

Après le temps de l'innovation dans l'écriture des principes tels que la primauté, est venu celui de leur application stricte; l'objectif de consolidation de l'Union l'imposait. Pour autant, cette rigidité a été critiquée, particulièrement lorsque la compétence pénale de l'Union est devenue une réalité textuelle. Les juridictions nationales ont réagi, le respect des droits fondamentaux des personnes poursuivies, accusées ou condamnées l'exigeait. De ce point de vue, la circulation des jurisprudences<sup>43</sup> entre juridictions nationales et européennes a été – et est toujours – essentielle et bénéfique. Gardons espoir<sup>44</sup> qu'à l'avenir, la Cour de Luxembourg accentue ce contrôle « approfondi » des textes applicables, de tous les textes applicables, qu'ils soient normatifs ou imposent un meilleur respect des droits fondamentaux; les spécificités de la matière pénale l'exigent.

42. Ce sont les termes mêmes de l'intitulé de la décision-cadre.

43. R. Parizot, « Les interactions procédurales : la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences », in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 19, Société de législation comparée 2010, p. 177 et s.

44. P. Simon intitule un paragraphe de sa thèse « L'espoir d'un contrôle approfondi par la Cour de justice en matière pénale », P. Simon, *La compétence pénale d'incrimination de l'Union européenne*, op. cit., p. 416 et s.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### La protection des droits fondamentaux par l'Union européenne

**Pauline Le Monnier de Gouville**

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

« Prendre conscience de l'identité européenne [...] c'est prendre conscience de la chance, que nous devons défendre et mériter, de vivre en hommes libres; c'est aussi retrouver le sens des valeurs culturelles qui fondent l'humanisme européen »<sup>1</sup>. Ces mots de Simone Veil résonnent et font écho aux valeurs que revendique l'Union européenne, des « valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit ainsi que de respect des droits de l'homme », selon l'article 2 du Traité sur l'Union européenne. S'appuyant sur les traditions constitutionnelles des États membres et sur les droits et libertés protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Préambule dudit Traité rappelle quant à lui son attachement à l'État de droit, aux principes

démocratiques et à la protection des droits fondamentaux<sup>2</sup>.

La singularité du système de protection de ces droits tient néanmoins au fait que l'Union européenne obéit, selon le professeur Fabrice Picot, à la « prééminence de la logique communautaire »<sup>3</sup>. La construction des communautés s'est fondée sur une approche économique et les premiers traités sont restés silencieux sur la question des droits fondamentaux, laissant aux Constitutions nationales le soin d'assurer leur protection et se concentrant sur les libertés de circulation des biens, capitaux, services et personnes. Le système de protection des droits fondamentaux s'est d'abord ancré dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne et dans l'ordre juridique international, notamment celui de la Convention européenne

1. S. Veil, « La communauté et l'identité européenne », Florence, 27 nov. 1980, Institut universitaire européen, Quatrième conférence Jean Monnet, en accès libre : <http://aei.pitt.edu/11821/1/11821.pdf>.

2. V. not. : J.-M. Sauvé, « La protection des droits fondamentaux », Intervention à l'Université catholique de Lyon, Discours du 31 janv. 2017, en accès libre : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-protection-europeenne-des-droits-fondamentaux>; F. Picot, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 527; J. Andriantsimbazovina, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, LGDG, 2012, p. 15.

3. F. Picot, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 305.



de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui revêt, selon la Cour de justice de l'Union une « signification particulière »<sup>4</sup>. Consciente des réserves émanant de certains États membres inquiets de voir plusieurs activités de l'Union échapper au contrôle de l'application des droits fondamentaux, la Cour de justice a progressivement utilisé la technique des principes généraux du droit communautaire<sup>5</sup> et puisé dans des sources extérieures pour protéger ces droits. Dans son arrêt *Handelsgesellschaft*<sup>6</sup>, elle affirme que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire. En 1986, elle reconnaît l'existence d'une communauté de droit<sup>7</sup>, à laquelle elle rattache, en 2002, la protection des droits fondamentaux, dans son arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*<sup>8</sup>. Cependant, dès les années 1970, la Cour refuse de voir dans les droits fondamentaux des « prérogatives absolues »<sup>9</sup>; bien plus, ceux-ci « doivent être considérés, comme dans le droit constitutionnel de tous les États membres, en vue de la fonction sociale des biens et des activités protégées »<sup>10</sup>, et la garantie des droits fondamentaux doit « être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la communauté »<sup>11</sup>. Les juges adaptent ainsi la protection des droits fondamentaux aux exigences, notamment économiques, de la construction communautaire.

Au sein de cette construction, le droit pénal occupe nécessairement une place particulière car la pénalisation des comportements est à la fois

source de restrictions aux droits fondamentaux et de garanties supplémentaires. Le droit pénal de l'Union européenne<sup>12</sup> vise à favoriser la coopération afin d'améliorer la répression au sein des États membres. Le principe de reconnaissance mutuelle, inscrit aux articles 67 et 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, représente le fondement de cette coopération et suppose une confiance mutuelle entre les États<sup>13</sup>. Cette confiance est rendue possible car les États partagent les mêmes valeurs et sont en mesure d'offrir une « protection équivalente et effective des droits fondamentaux reconnus au niveau de l'Union »<sup>14</sup>. Cependant, parce que la diversité des systèmes est susceptible de constituer un obstacle à la coopération, l'article 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit qu'un rapprochement des législations en procédure pénale est possible afin de favoriser la reconnaissance mutuelle : il s'agit d'assurer un degré suffisant de confiance dans les systèmes des autres États membres.

Dès lors, comment, sur la base de quels fondements et dans quelle mesure la protection des droits fondamentaux est-elle assurée en matière pénale par l'Union européenne ? Dans un arrêt *Kadi*, la Cour de justice de l'Union attire l'attention sur l'impossibilité d'échapper « au contrôle, par la Cour, de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux [...] doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitution-

- 
4. La Cour a utilisé cette expression dans plusieurs arrêts; v. par ex. : CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst c. Commission*, n° 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859, § 13; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, n° C-260/89 I, Rec. I. p. 2925; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, n° C-36/02, Rec. I. p. 9609; CJCE, 18 janv. 2007, *PKK-KNK c. Conseil*, n° C-229/05Pc.
  5. CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, n° 11/70, Rec. p. 1125; CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder c. Ville d'Ulm*, n° 29/69, Rec. p. 419; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, n° 4/73, Rec. p. 491.
  6. CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, préc.
  7. CJCE, 23 avr. 1986, *Les Verts c. Parlement*, n° 294/83, § 23.
  8. CJCE, 25 juill. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c. Conseil*, n° C-50-00, P. Rec., p. I-6677, § 38.
  9. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, préc., § 14.
  10. *Ibid.*
  11. CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, préc., § 4.
  12. R. Grass et C. Soulard, « Droit de l'Union européenne en matière pénale », *JCl. Pénal Code*, fasc. 30; v. également, dans ce numéro, la contribution de M. É. Dubout, « L'évolution de la compétence pénale de l'Union européenne », p. 33.
  13. Pour aller plus loin, v. la thèse de M. V. Giannoulis, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales et les droits fondamentaux*, thèse Nanterre, 2021, É. Fortis (dir.); M. Fartunova et C. Marzo (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2018; I. Jégouzo, « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *RID pén.* 2006/1-2, vol. 77, p. 91; B. Nicaud, « La reconnaissance mutuelle... jusqu'où ? », *AJ pén.* 2019, p. 299.
  14. CJUE, Gr. ch., 5 avr. 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jointes n° C-404/15 et C-659/15, *AJDA* 2016, p. 1059, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser; *AJ pén.* 2016, p. 395, obs. M.-E. Boursier; *RTD eur.* 2016, p. 793, obs. M. Benlolo-Carabot; *ibid.* 2017, p. 360, obs. F. Benoît-Rohmer; *ibid.* p. 363, obs. F. Benoît-Rohmer.

nelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome »<sup>15</sup>. Précisément, la présente étude s'attellera à identifier les nombreux éléments de nature à démontrer que le système de protection des droits fondamentaux est propre et spécifique, autonome : l'Union européenne est fondée sur ses propres valeurs<sup>16</sup>, dotée d'une Charte<sup>17</sup> destinée, d'après son Préambule, à rendre plus « visibles » les droits fondamentaux<sup>18</sup>, dispose de ses propres méthodes et mécanismes de contrôle<sup>19</sup> (I). Partant, dans ce mouvement d'autonomisation, et à travers la *spécificité* que nous relèverons du droit de l'Union européenne, reste posée la question du *degré* de confiance entre les États membres, du degré de rapprochement des droits nationaux et donc du degré de la protection offerte par l'Union (II). Autonomie de la protection, degré de la protection, sont ainsi les deux temps qui guideront notre étude.

## I. L'autonomie de la protection

Selon un auteur, « l'autonomie caractérise [...] un ordre juridique qui n'est subordonné à aucun autre, de telle sorte que son autorité ne soit pas dépendante des conditions extérieures »<sup>20</sup>. Le *Vocabulaire* Cornu, quant à lui, définit la notion comme « le pouvoir de se déterminer soi-même », « la faculté de se donner sa propre loi »<sup>21</sup>. Le système de protection des droits fondamentaux peut-il prétendre à l'autonomie ? Pour cela, il doit être propre à l'Union européenne et lui permettre de protéger les droits de manière libre et indépendante<sup>22</sup>. Sur la base de

différentes évolutions, il est possible d'affirmer que cette protection jouit aujourd'hui d'une autonomie *textuelle* (A), mais aussi *jurisprudentielle* (B).

### A. Une autonomie textuelle

En 1999, après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et les décisions des Conseils européens de Cologne (3-4 juin) et Tampere (15-16 oct. 1999) relatives à l'élaboration d'une Charte, Frédéric Sudre affirmait que la voie choisie était celle de « la construction d'un système autonome de protection des droits de l'homme »<sup>23</sup>. Henri Labayle ajoutait qu'il fallait pouvoir concrétiser ce qui constituait, à l'époque un projet de catalogue des droits fondamentaux<sup>24</sup>. L'autonomie du système de protection est désormais permise, d'une part, grâce à la *consécration* de la Charte des droits fondamentaux puis, d'autre part, à travers la *concrétisation* des droits fondamentaux.

**Consécration de la Charte des droits fondamentaux.** L'idée de doter les Communautés de leur propre catalogue de droits émerge dès la fin des années 1970. Lors du sommet de Cologne des 3 et 4 juin 1999, il est affirmé par le Conseil européen que la Charte vise à « ancrer l'importance exceptionnelle [des droits fondamentaux] et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union »<sup>25</sup>. Proclamé un an plus tard, le 7 décembre 2000, en marge du sommet de Nice, le texte acquiert valeur confirmative des droits fondamentaux garantis jusqu'alors en tant que principes généraux. Surtout, avec le Traité de

15. CJCE, Gr. ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jointes n° C-402/05P et C-415/05P, Rec. p. I-6351, § 316.

16. TUE, art. 2.

17. TUE, art. 6.

18. 4<sup>e</sup> § du Préambule de la Charte.

19. Pour aller plus loin sur la notion d'autonomie, v. R. Tinière et C. Vial, « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », in R. Tinière et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, p. 379, p. 9.

20. J.-C. Gautron, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 11, spéc. p. 23.

21. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 14<sup>e</sup> éd., 2022.

22. En ce sens, v. R. Tinière et C. Vial, « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », préc.

23. F. Sudre, « Introduction », in H. Labayle et F. Sudre (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, coll. « Droit et justice », n° 27, Bruylant-Némésis, 2000, p. 7, spéc. p. 30.

24. H. Labayle, « Conclusions générales. Vers un droit des libertés fondamentales de l'Union européenne », in *op. cit.*, p. 463, spéc. p. 485.

25. *Déc. du Conseil européen concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexe IV des conclusions de la présidence*, sommet de Cologne des 3 et 4 juin 1999, SN 150/1/99 REV 1.

Lisbonne, la Charte acquiert une force juridique contraignante<sup>26</sup>. Les droits fondamentaux sont consacrés en tant que valeurs de l'Union<sup>27</sup> que celle-ci a pour objectif de promouvoir<sup>28</sup>. La force juridique contraignante de la Charte permet ainsi la fabrication<sup>29</sup> d'un droit pénal *autonome* de l'Union. Certes, d'après le Préambule du texte, la Charte « réaffirme [...] les droits qui résultent [...] des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes », ainsi que des conventions et cours européennes. S'agit-il alors d'une simple opération « marketing », comme cela a pu être affirmé<sup>30</sup> ? L'objectif est assurément celui d'une meilleure *visibilité* du système de protection au sein de l'ordre juridique de l'Union, au service d'une autonomie de protection et d'un sentiment d'appartenance à une Europe des valeurs<sup>31</sup>. À ces valeurs répondent chacun des chapitres de la Charte : dignité, liberté, égalité, citoyenneté, solidarité, justice. Parmi eux, de nombreuses dispositions visent la matière pénale<sup>32</sup> : notamment l'article 1 sur la dignité, l'article 4 sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'article 6 sur le droit à la liberté et à la sûreté, l'article 7 sur le respect de la vie privée et familiale – sans oublier le chapitre VI, dédié à la justice (ses articles 47 à 50 consacrant le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial, à la

présomption d'innocence et aux droits de la défense, le droit à ne pas être jugé deux fois pour une même infraction).

Dans le prolongement de la consécration d'un tel texte, l'autonomisation de la protection des droits fondamentaux se traduit par leur concrétisation<sup>33</sup>.

### **Concrétisation des droits fondamentaux.**

L'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux prévoit que les institutions « promeuvent l'application » des droits « conformément à leurs compétences respectives ». L'article 52, quant à lui, indique que toute limitation de l'exercice des droits et libertés doit être prévue par la loi et respecter le « contenu essentiel » de ces derniers<sup>34</sup>. Malgré l'absence de compétence générale de l'Union européenne pour légiférer dans le domaine des droits fondamentaux<sup>35</sup>, le législateur est venu concrétiser certains droits dans l'exercice de ses compétences. Le Traité de Lisbonne élargit les domaines d'action de l'Union européenne, ce qui facilite les concrétisations législatives des droits fondamentaux<sup>36</sup>, par exemple en procédure pénale. Du reste, la stratégie de promotion de ces droits est revendiquée par la Commission, comme l'atteste sa communication de 2005 sur « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions

26. Ainsi, comme le prévoit l'article 6 § 1 du TUE, la Charte est dotée d'une valeur juridique identique à celle des traités. Elle se situe au sommet de la hiérarchie des normes du droit de l'Union.

27. TUE, art. 2.

28. TUE, art. 3.

29. En ce sens, v. A. Gallois, « Charte des droits fondamentaux et procédure pénale : quelle influence ? », in A. Biad et V. Parisot (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application, préf. de L. Burgogues-Larsen*, Anthémis, coll. « Droit et justice », 2018, p. 463.

30. J.-E. Ray, « Les nouveaux droits ? » in *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, table ronde du 18 mai 2000, *Regards sur l'actualité*, n° 254, p. 52.

31. Pour aller plus loin, v. M. Touillier, « Les valeurs par qui le scandale arrive... L'Union européenne, une communauté fondée effectivement sur des valeurs communes ? », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan d'application, préc.*, p. 101 ; É. Rubi-Cavagna, « Le droit pénal de l'Union européenne : un droit pénal commun porteur de valeurs ? », *RSC* 2018, p. 663.

32. Pour aller plus loin, v. F. Palazzo, « Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal », *RSC* 2008, p. 1.

33. Sur la notion de concrétisation, v. Y. Lorans, « Le législateur européen et la protection des droits fondamentaux dans l'Union : vers une concrétisation législative de la Charte », *RTD eur.* 2021, p. 59.

34. Des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et liberté d'autrui.

35. En ce sens : CJCE, avis du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis n° 2/94 : « aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine ». Les institutions légiférantes sont seulement soumises à une obligation de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux.

36. Ainsi, le traité comporte des dispositions qui offrent à l'Union une prérogative de promotion de certains droits, comme en matière de protection des données à caractère personnel (TFUE, art. 16 § 2) ou de droits des personnes dans la procédure pénale (TFUE, art. 82, § 2, 2° al., pt. b).

législatives de la commission »<sup>37</sup>, où elle expose sa méthodologie pour réaliser un contrôle interne du respect de la Charte. Trois objectifs sont affichés : rendre visibles les efforts de l'Union européenne en matière de respect des droits fondamentaux, sensibiliser le public et « promouvoir l'image de la Charte en tant que vecteur essentiel de l'identité européenne des citoyens fondée sur des valeurs communes ». En 2010, la stratégie de la Commission pour la mise en œuvre effective de la Charte vise par ailleurs à établir « une culture des droits fondamentaux » à tous les niveaux du processus législatif<sup>38</sup>, ce qui se concrétise notamment par des analyses d'impact *ex ante* sur la légalité au regard des droits fondamentaux<sup>39</sup>. En 2020, la Commission adopte une « nouvelle stratégie visant à renforcer l'application de la Charte dans l'Union »<sup>40</sup>. Cette politique émergente des droits se traduit, alors, par une multiplication d'actes législatifs permettant de les concrétiser. Cette évolution est visible à travers le droit dérivé de l'Union dans lequel les « considérants droits fondamentaux » ont été remplacés par les « considérants charte »<sup>41</sup>. D'après la base *Eurlex*, la référence aux droits

fondamentaux est de plus en plus visible dans les actes législatifs et la Charte est toujours mentionnée dans le préambule des directives, tandis que cette promotion s'accompagne d'une marginalisation des références à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>. On songe, notamment, à la directive n° 2011/36 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes<sup>43</sup>, ou à celle n° 2014/57 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché<sup>44</sup>. Outre le droit dérivé, la concrétisation se réalise aussi à travers les normes édictées par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne. En témoignent, entre autres, les lois ayant transposé en droit français les directives de procédure pénale<sup>45</sup>.

Cette promotion juridique se trouve, en outre, corroborée par une volonté politique de rendre concrète la protection des droits<sup>46</sup> : qu'elle se traduise par le programme de 2005 concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes<sup>47</sup>, par le pro-

37. Communication de la Commission, 27 avr. 2005, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission – Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux*, COL (2005) 172 final.

38. Communication de la Commission, *Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne*, COM (2010) 573 final, spéc. p. 4.

39. *Commission Staff Working Paper, Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments*, Brussels, 6 mai 2011, SEC (2011) 567 final.

40. COM (2020) 711, 7 déc. 2020, *Stratégie visant à renforcer l'application de la Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne*. Cette stratégie mentionne quatre axes d'action : une application effective par les États membres, un renforcement des moyens d'action des organisations de la société civile, des défenseurs des droits et des professionnels de la justice, une charte qui guide l'action des institutions de l'Union européenne, une sensibilisation accrue des citoyens.

41. Pour aller plus loin, v. R. Tinière et C. Vial, « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », préc., spéc. p. 25 et s. ; C. Blumann, « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », *in op. cit.*, p. 269 ; R. Tinière, « Les droits fondamentaux dans les actes du droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF* 2013, chron. n° 14.

42. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, près de 75 % des règlements et 50 % des directives se référant aux droits fondamentaux ne la mentionnent pas (R. Tinière et C. Vial, *op. cit.*, spéc. p. 27). Certes, de façon assez exceptionnelle, certains actes de droit dérivé comportent encore des références importantes à la Convention ; ainsi par exemple, en matière pénale, de la directive 2012/13 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, des directives 2010/64/UE relatives au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales et 2013/48/UE relatives au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen.

43. Dir. du 5 avr. 2011, *JOUE*, L. n° 2011-101 du 15 avr. 2011, p. 1 et s., cons. 1, 8, 10 et 33.

44. Dir. du 16 avr. 2014, *JOUE*, L. n° 2014-173 du 12 juin 2014, p. 179 et s., cons. 27 et 28.

45. V. not. : L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; L. n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

46. En ce sens, v. Y. Lorans, « Le législateur européen et la protection des droits fondamentaux dans l'Union : vers une concrétisation législative de la Charte », *op. cit.*

47. Déc. n° 1554/2005/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 modifiant la déc. 2001/51/CE du Conseil établissant un programme d'action communautaire concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et la décis. n° 848/2004/CE établissant un programme d'action communautaire pour la promotion des organisations actives au niveau européen dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, *JOCE* 2005, n° L255, p. 9-10.

gramme de La Haye invitant à renforcer les droits fondamentaux et la citoyenneté<sup>48</sup>, ou encore par le programme de Stockholm, relatif à « une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » et qui prévoit une obligation de « promouvoir activement les droits fondamentaux et libertés fondamentales »<sup>49</sup>. Cet engagement se manifeste également par la création, en 2007, d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>50</sup>. Ajoutons à cela la publication, chaque année, des rapports relatifs à l'évolution de la protection de ces droits<sup>51</sup>, tandis que l'Agence des droits fondamentaux se charge de diffuser un manuel pour les praticiens et alimente son *Charterpedia*, outil en ligne qui permet de mieux connaître la Charte. L'Agence a également créé un outil numérique, le système européen d'information sur les droits fondamentaux (EFRIS)<sup>52</sup>, dont l'objectif, d'après le directeur de l'Agence des droits fondamentaux, M. M. O'Flaherty, est de rassembler les conclusions judiciaires des organes traitant des droits fondamentaux, pays par pays, thème par thème et de rendre ainsi plus accessible, à tous, l'ensemble du contenu disponible sur les droits fondamentaux<sup>53</sup>. Au-delà de ces efforts et engage-

ments, l'enjeu reste néanmoins celui d'une meilleure formation et éducation aux droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux, tant les statistiques révèlent que celle-ci demeure encore assez méconnue des citoyens et des praticiens<sup>54</sup>.

L'Union européenne se dote ainsi de son propre instrument de droits fondamentaux et devient, de façon assumée, un acteur central de leur protection. La Charte était un « pari sur l'avenir », selon la professeure Burgogues-Larsen<sup>55</sup>. Un pari réussi, tant le texte est aujourd'hui ancré dans l'ordre juridique européen et national. À cette évolution s'associe par ailleurs le juge de l'Union européenne, dans la réalisation des droits fondamentaux et dont le rôle participe à la construction d'un système autonome de protection.

### B. Une autonomie jurisprudentielle

Bien que le justiciable ne dispose pas d'un recours individuel devant la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci joue un rôle dans l'affirmation de l'autonomie du système de protection et la Charte lui permet d'invalider des dispositions de droit dérivé qui s'opposent à la

48. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM (2005) 184 final.

49. « Le programme Stockholm, Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », *JOUE* 2010, n° C115, p. 1-38, spéc. pt. 1.1, p. 5.

50. Règl. (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 févr. 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOCE* 2007, n° L 53, p. 1-14.

51. Ex. : *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2017*, 2018/2103(INI); aussi *Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, COM (2019) 257 final, ou encore, plus récemment (aucun rapport n'ayant été rendu en 2020), *Rapport annuel sur l'application de la Charte*, 2021, accessible ici : [https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter\\_fr#rapport-2021](https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter_fr#rapport-2021). Depuis 2013, les documents de travail accompagnant les rapports annuels sur l'application de la Charte comprennent une rubrique *législation* pour chaque droit fondamental étudié, dans laquelle sont exposés « des exemples de législation proposée ou adoptée par les institutions de l'Union pour promouvoir les droits inscrits dans la Charte » (v. par ex. Rapport 2017 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, COM (2018) 396 final, p. 32).

52. Accessible sur le site de la FRA : <https://fra.europa.eu/en/project/2018/eu-fundamental-rights-information-system>.

53. M. O'Flaherty, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Un instrument vivant au niveau national ? », in R. Tinière et C. Vial (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan et perspectives*, Bruylant, 2020, p. 237.

54. Sur cette question, v. R. Tinière, « Propos introductifs. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dix ans après », in *op. cit.*, p. 11. L'auteur fait référence à un sondage Eurobaromètre datant de 2019, relatif à la connaissance de la Charte (*Special Eubarometer 487b*, « *Awareness of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* », enquête réalisée à la demande de la Commission européenne) et montrant que la majorité des personnes interrogées ignore l'existence de ce texte. V. également en ce sens : M. O'Flaherty, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Un instrument vivant au niveau national ? », *op. cit.*

55. L. Burgogues-Larsen, « Préface », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application*, *op. cit.*, p. 9; dans le même sens : A. Biad et V. Parisot, « Avant-propos », in *op. cit.*, p. 13.

V. également, pour aller plus loin : *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, L. Burgogues-Larsen (dir.), préf. G. Braibant, coll. « CREDHO », n° 8, Bruylant, Bruxelles, 2005.

protection de certains droits. Ce mouvement d'autonomie passe par une stratégie de *promotion* des droits fondamentaux par la Cour de justice. Pourtant, l'Union marque sa spécificité, qui participe aussi de son autonomie, dans la protection à travers la conciliation, parfois non sans tension, des droits fondamentaux avec la coopération et le *principe de reconnaissance mutuelle*.

**Promotion des droits fondamentaux par la Cour de justice.** La stratégie de promotion<sup>56</sup> des droits fondamentaux passe, avant tout, par un détachement progressif du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de justice a souligné son propre rôle de garant avec ses arrêts *Handelsgesellschaft, Nold, Stauder*<sup>57</sup>, qui marquent une « époque d'or des droits fondamentaux en droit de l'Union », selon le professeur Dutheil de La Rochère<sup>58</sup>. En 2008, la Cour affirme que son contrôle au regard des droits fondamentaux est conçu en tant que système juridique autonome<sup>59</sup>. Mais ce n'est en réalité qu'à la suite de l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux qu'elle développe un discours axé sur les droits fondamentaux de l'Union. À tel point que Mme Camelia Toader, membre de la Cour de justice de l'Union européenne, qualifie l'application de la Charte de « provocation », une « provocation productrice »<sup>60</sup>. Corrélativement, le rôle du droit de la Convention européenne se réduit, ce qui

ressort de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et de la Charte mais aussi de la jurisprudence rendue depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Le phénomène est très visible puisque comme le relève l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son rapport annuel de 2013, « le nombre de décisions dans lesquelles la CJUE cite la Charte au sein de son raisonnement [...] a plus que quadruplé » entre 2010 et 2013<sup>61</sup>. Les références au droit de la Convention européenne se limitent désormais aux arrêts rendus en grande chambre de la Cour de justice de l'Union. Dans un arrêt *Radu*, par exemple, de 2013, la Cour revendique cette autonomie lorsqu'elle précise que le droit invoqué est consacré par la Charte et qu'« il y a lieu de se référer uniquement à cette [...] disposition »<sup>62</sup>. Et lorsqu'elle se réfère au droit de la Convention, elle emploie des formules qui marquent un détachement de ce droit de l'ordre juridique de l'Union<sup>63</sup>. Enfin, deux autres éléments témoignent de la volonté de la Cour de justice de l'Union européenne de faire de la Charte des droits fondamentaux l'outil de référence. Le premier tient aux *Explications de la Charte des droits fondamentaux* sur lesquelles elle s'appuie de plus en plus<sup>64</sup>. Le second élément résulte de documents officiels tels que le *Document de réflexion de la CJUE sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fon-*

56. L'expression est notamment employée par R. Tinière et C. Vial in « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », *préc.*, spéc. p. 33.

57. CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, 17 déc. 1970, *préc.*; CJCE, *Nold*, 14 mai 1974, *préc.*; CJCE, *Stauder c. Ville d'ULM*, 12 nov. 1969, *préc.*

58. J. Dutheil de La Rochère, « Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty », *Fordham Int'l L.J.* 2011, vol. 33, p. 1782.

59. CJCE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 sept. 2008, *préc.*

60. C. Toader, « La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, *op. cit.*, p. 379, spéc. p. 381.

61. Agence des droits fondamentaux de l'U.E., *Les droits fondamentaux : défis et réussite en 2013*, Rapport annuel 2013, O.P.U.E., p. 23 ([https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-annual-report-2013-1\\_fr.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-annual-report-2013-1_fr.pdf)).

62. CJUE, Gr. ch., 29 janv. 2013, n° C-396-11, *Radu*, § 32, *AJDA* 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère; *AJ pén.* 2013, p. 287, obs. J. Lelieur; *RTD eur.* 2013, p. 812, chron. P. Beauvais. V. également : CJUE, Gr. ch., 6 nov. 2012, n° C-199/11, *Otis e.a.*, § 47; CJUE, c.8 déc. 2011, n° C-386-10 P, *Chalkor c. Commission*, § 51.

63. V. par ex. : CJUE, Gr. ch., 8 avr. 2014, n° C-293 et 594-12, *Digital Rights Ireland Ltd*. Les références à la jurisprudence de la Cour européenne s'accompagnent de formules telles que « en ce qui concerne l'article 8 de la CEDH », ou encore « voir, par analogie, en ce qui concerne l'article 8 CEDH ».

64. Sur ce point, v. J. Ziller, « Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, *op. cit.*, p. 765. Par exemple, dans un arrêt *Spasic* (CJUE, Gr. ch., 27 mai 2014, n° 129/14 PPU, § 54-57), la Cour se fonde sur les *Explications relatives à l'article 50 de la Charte* pour juger qu'une limitation au principe *non bis in idem* résultant de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen est prévue par la loi au sens de l'article 52 § 1 de la Charte.

damentales<sup>65</sup>, adopté en 2010, qui précise que la Cour et les juridictions nationales « disposent [...] d'un texte ayant vocation à constituer le fondement principal pour [...] veiller au respect des droits fondamentaux ». Dans le même sens, une communication des présidents des deux cours européennes indique qu'avec le Traité de Lisbonne, « la Charte est devenue le texte de référence [...] pour l'appréciation par la CJUE des droits fondamentaux »<sup>66</sup>.

Outre le détachement du droit de la Convention européenne, la promotion des droits fondamentaux est permise par une interprétation jurisprudentielle extensive du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux. Selon l'article 51 de celle-ci, les États membres doivent la respecter « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Or la Cour de justice de l'Union européenne l'entend de façon assez extensive. On pense par exemple à l'arrêt *Åkerberg Fransson* portant sur l'application de l'article 50 de la Charte, relatif au principe *ne bis in idem* et qui permet de constater que la Cour se contente d'un lien ténu entre le droit national et le droit de l'Union européenne pour faire respecter de façon uniforme les droits fondamentaux par les États membres<sup>67</sup>. L'arrêt *Moro* est un autre exemple<sup>68</sup>.

Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur l'interprétation de la directive 2012/13/UE, adoptée sur le fondement de l'article 82, § 2, TFUE, lequel ne vise que les « matières pénales ayant une dimension transfrontière ». Or, l'infraction ayant donné lieu à la question n'avait aucune

dimension transfrontière. Malgré tout, la Cour conclut que la directive « participe à l'établissement d'une harmonisation minimale des procédures pénales dans l'Union européenne » et que « l'application, dans un État membre, des règles prévues par cette directive est indépendante de l'existence d'une situation transfrontière ».

Malgré ces lignes de force qui se dessinent, la promotion des droits fondamentaux doit s'articuler avec le principe de reconnaissance mutuelle.

**Articulation des droits fondamentaux avec le principe de reconnaissance mutuelle.** Dans son avis émis en 2014 sur le projet d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>69</sup>, la Cour de justice se fonde sur la spécificité et l'autonomie du droit de l'Union pour faire valoir que l'unique norme de référence de protection des droits devrait être la Charte des droits fondamentaux : il y va de la préservation de la compétence de la Cour et de la confiance mutuelle entre les États membres. Précisément, c'est avec ce principe de confiance mutuelle, « pierre angulaire de la coopération judiciaire »<sup>70</sup> et que traduit la reconnaissance mutuelle, que les droits fondamentaux doivent s'articuler<sup>71</sup>. Affirmé lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, le principe de reconnaissance mutuelle a été consolidé par les programmes pluriannuels de La Haye (2005-2009) et de Stockholm (2010-2014), tandis que le Traité de Lisbonne, en son article 82 § 1, se fonde sur ce principe pour justifier le rapprochement des droits nationaux des États membres en

65. Le document a été adopté le 5 mai 2010 et est accessible via le site [www.curia.eu](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf) : [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention\\_fr\\_2010-05-21\\_12-10-16\\_11.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf).

66. « Communication commune des présidents de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, suite à la rencontre entre les deux juridictions en janvier 2011 », 24 janv. 2011 : [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_francais.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf).

67. CJUE, 26 févr. 2013, n° C 617/10, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*. La Cour étend l'application de l'article 50 de la Charte, à des poursuites pénales faisant suite à des sanctions administratives prononcées par l'administration fiscale nationale pour fraude au seul motif que la directive sur la TVA renvoie aux États le soin de prendre les mesures d'exécution nécessaires. Les normes appliquées en l'espèce par les autorités nationales n'avaient pas été adoptées sur le fondement direct d'un acte de l'Union, mais la Cour juge que les sanctions fiscales et poursuites pénales constituent une mise en œuvre de plusieurs dispositions du droit de l'Union relatives à la TVA et à la protection des intérêts financiers de l'Union et donc, une mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 § 1 de la Charte.

68. CJUE, 13 juin 2019, n° C-646/17, *Gianluca Moro*.

69. CJUE, Ass. plén., avis n° 2/13, 18 déc. 2014.

70. Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, Concl. de la présidence, pt. 33 ([www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm#b](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm#b)). Sur la coopération judiciaire, v. D. Flore, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2014, spéc. p. 437 et s.; D. Rebut, *Droit pénal international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2019.

71. Pour aller plus loin, v. V. Giannoulis, *op. cit.*; J. Leblois-Happe, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pén.* 2019, p. 302.

matière pénale<sup>72</sup>. Selon ce principe, toute décision pénale prise par les autorités d'un État membre doit être reconnue et exécutée par les autorités d'un autre État membre comme si elle avait été rendue par ce dernier. Dans ce contexte, le risque est celui de conflits entre les niveaux de protection des droits offerts par la Cour de justice et les juridictions nationales. Consciente de la difficulté, la Cour a adapté sa jurisprudence sur l'équilibre à trouver; l'exemple du mandat d'arrêt européen permet, à ce titre, de comprendre la méthode retenue – en pleine communion, d'ailleurs, avec le discours, en 2014, de son président<sup>73</sup>, qui tend à faire d'elle une Cour suprême de l'Union et non une Cour des droits de l'homme. La problématique liée au contentieux du mandat d'arrêt européen<sup>74</sup> est celle de savoir si un État membre peut refuser la remise d'une personne en se fondant sur une violation de ses droits fondamentaux par l'État d'émission, alors même que la décision-cadre du 13 juin 2002 ne le prévoit pas<sup>75</sup>. Dans ses arrêts *Radu*<sup>76</sup> et *Melloni*<sup>77</sup> de 2013, la Cour de justice de l'Union européenne refuse une telle possibilité et ce, pour résumer, « en vue de contribuer à réaliser l'objectif assigné à l'Union de devenir un

espace de liberté, de sécurité, de justice ». Précisément, selon l'arrêt *Melloni*, permettre l'application d'une norme constitutionnelle garantissant un niveau de protection plus élevé porterait atteinte « au principe de la primauté du droit de l'Union » et « permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »<sup>78</sup> – ainsi qu'« aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelle que [la décision-cadre] tend à conforter »<sup>79</sup>. Par la suite, la Cour semble ouvrir une brèche timide avec son arrêt *Aranyosi et Caldărăru*<sup>80</sup> et admet que le risque réel et avéré de traitements inhumains et dégradants dans l'État d'émission fasse obstacle de façon exceptionnelle au jeu de la reconnaissance mutuelle. Cette prudence est confirmée avec l'arrêt *LM ou Minister for Justice and Equality*<sup>81</sup>, par lequel elle admet qu'il soit fait échec au mandat d'arrêt européen en cas de « risque réel de violation du droit à un procès équitable » étayé par des « motifs sérieux et avérés », en raison de « défaillances systémiques ou généralisées ». Cet arrêt divise la doctrine, certains

72. TFUE, art. 82 § 1 : « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83 ».

73. Discours prononcé par V. Skouris à Copenhague en 2014 pour la Fédération internationale pour le droit européen, cité par E. Bribosia et A. Weyembergh, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : "Back to the future" », *CDE* 2016, p. 480.

74. Pour aller plus loin, v. not. T. Herran, « 20 ans d'existence du mandat d'arrêt européen : Retour sur l'histoire d'une révolution annoncée », *Cah. Just.* 2022/3, Dalloz-ENM; J. Lelieur, « Mandat d'arrêt européen », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, n° 443; G. Taupiac-Nouvel, « L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen », in L. Clément-Wiltz (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice* (dir.), Bruylant, 2019, p. 379; P. Beauvais, « La Cour de justice, le mandat d'arrêt européen et les droits fondamentaux constitutionnels et européens », *RTD eur.* 2013, p. 812; C. Leroy, *Le contentieux du mandat d'arrêt européen devant la CJUE* (dir.), th. dactyl., Toulon, 2019, S. Perez (dir.).

75. Décision-cadre 2002/384/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (*JOUE* L 190, p. 1), révisée par la décision-cadre 2009/299/JAI du 26 févr. 2009 (*JOUE* L 81, p. 24).

76. CJUE, Gr. ch., 29 janv. 2013, *Radu*, préc.

77. V. CJUE, Gr. ch., 26 févr. 2013, n° C-399/11, *Melloni*, § 64, *AJDA* 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère; *AJ pén.* 2013, p. 350, obs. J. Lelieur; *Constitutions* 2013, p. 184, obs. A. Levade; *RTD eur.* 2013, p. 267, note D. Ritleng; *ibid.* p. 812, chron. P. Beauvais; *ibid.* 2015, p. 166, obs. F. Benoît-Rohmer; *ibid.* p. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza; *Rev. UE* 2015, p. 277, étude D. Ritleng; *ibid.* p. 562, étude S. Van Raepenbusch; *RDLF* 2013, chron. n° 11, S. Platon.

78. § 58.

79. § 63. Pour une critique de cette solution, v. not. : P. Beauvais, « Chronique de droit pénal de l'Union européenne – La Cour de justice, le mandat d'arrêt et les droits fondamentaux constitutionnels et européens », *RTD eur.* 2013, p. 812; E. Dubout, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE* 2013, p. 298; J. Lelieur, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour incompatibilité avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution de l'État requis », *AJ pén.* 2013, p. 350; B. Thellier de Poncheville, *RPDP* 2013, p. 409; V. C. Haguenu-Moizard, F. Gazin et J. Leblos-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larquier, 2016, n° 97, p. 113 et s.

80. CJUE, 5 avr. 2016, *Aranyosi et Caldărăru*, préc. La Cour s'interrogeait sur le point de savoir s'il était possible à l'autorité judiciaire allemande de reporter l'exécution du mandat en arguant d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention dans l'État d'émission.

81. CJUE, 25 juill. 2018, n° C-216/18, *LM*, § 35-36, *AJ pén.* 2018, p. 475, obs. B. Nicaud.



auteurs y voyant un grand arrêt s'engageant résolument dans la défense de l'État de droit<sup>82</sup>, tandis que d'autres estiment que l'arrêt ne fragilise pas mais, bien plus, consolide la reconnaissance mutuelle dès lors que l'exception confirme la règle<sup>83</sup>. Du reste, l'arrêt *LM* précité l'affirme : « l'exécution du mandat d'arrêt européen constitue le principe » et « le refus d'exécution une exception ». Dans son arrêt *Dorobantu*<sup>84</sup>, la Cour de justice n'accepte ainsi que de façon exceptionnelle un refus d'exécution fondé sur les conditions de détention dans l'État d'émission, en précisant par ailleurs les critères nécessaires pour évaluer les conditions de détention d'une personne dans l'État membre d'émission. Au regard de ce qui précède, la reconnaissance mutuelle est donc un mécanisme redoutable susceptible de porter une atteinte manifeste aux droits fondamentaux. La souveraineté des États membres s'efface au profit de l'efficacité de la coopération et de la consolidation de l'espace pénal européen. Si la Cour de justice de l'Union européenne se montre protectrice des libertés qui sont au cœur même de la construction européenne<sup>85</sup>, tel n'est pas toujours le cas lorsque des garanties risquent d'affecter les objectifs que l'Union s'est fixés.

Ces observations permettent d'introduire l'idée d'une *variabilité* de la protection, dont il faut à présent évaluer le degré.

## II. Le degré de la protection

Si la Charte des droits fondamentaux est souvent perçue comme un doublon confirmant les droits issus de l'acquis communautaire, des traditions

constitutionnelles, des obligations internationales et de la Convention européenne des droits de l'homme, cette convergence ne porte pas pour autant atteinte à l'autonomie de la protection des droits fondamentaux. Certes, selon l'article 53 de la Charte, l'Union doit respecter le degré de protection accordée notamment par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais ce degré est en réalité un seuil et la Cour de justice peut aussi aller au-delà de la protection accordée par le droit de la Convention, en se fondant sur la Charte des droits fondamentaux qui offre un outil d'amplification de la protection. Les *Explications de la Charte* invitent d'ailleurs le juge de l'Union européenne à interpréter les droits d'une manière qui offre un « niveau de protection élevé »<sup>86</sup>. La protection des droits fondamentaux est en réalité susceptible de *varier* en fonction des objectifs et impératifs de l'Union européenne, et il s'agit ainsi d'évaluer le *degré* d'incidence du droit de l'Union sur les droits fondamentaux. Le champ est vaste et le parti pris consiste, dans le cadre de cette étude, à explorer les droits issus de la Charte des droits fondamentaux qui touchent le plus directement la matière pénale : en droit substantiel d'abord (A), puis en droit procédural (B).

### A. En droit substantiel

Deux principes matriciels retiennent notre attention : ceux de légalité et de proportionnalité, prévus à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux.

**Principe de légalité pénale.** Ce principe est consacré avec les mêmes exigences que celles de l'article 7 de la Convention européenne des

82. H. Labayle, « *Winter is coming* : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », 26 sept. 2018, p. 11 et s., <http://www.gdr-elsj.eu/2018/09/26/informations-generales/winter-is-coming-la-hongrie-la-pologne-lunion-europeenne-et-les-valeurs-de-letat-de-droit-deuxieme-partie/>. V. également en ce sens J. Leblois-Happe, *op. cit.*

83. En ce sens, v. J. Tricot, « La Charte et la coopération en matière pénale. Du potentiel mais peut mieux faire », in *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux. Bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 85.

84. CJUE, Gr. ch., 15 oct. 2019, *Dorobantu*, n° C-128/19, *AJDA* 2020, p. 398, chron. P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian ; *RTD eur.* 2020, p. 312, obs. F. Benoît-Rohmer ; *Dr. pén.* 2020, n° 4, chron. 5, O. Cahn.

85. V. par ex. concernant les libertés de circulation et de séjour, CJUE, Gd. Ch., 6 sept. 2016, *Petruhhin* ; 29 avr. 2004, *Orfanopoulos*.

86. *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (2007/C 303/02), 14 déc. 2007, explication ad art. 52 : « La règle d'interprétation figurant au paragraphe 4 est fondée sur le libellé de l'article 6, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne et tient dûment compte de l'approche suivie par la Cour de justice à l'égard des traditions constitutionnelles communes [...]. Selon cette règle, plutôt que de suivre une approche rigide du "plus petit dénominateur commun", il convient d'interpréter les droits en cause de la Charte d'une manière qui offre un degré élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes ».

droits de l'homme<sup>87</sup>. « Principe général du droit communautaire »<sup>88</sup> et rattaché au principe de sécurité juridique<sup>89</sup>, la légalité revêt, selon la Cour de justice, une « importance tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux [...] dans ses exigences relatives à la prévisibilité, à la précision et à la non-rétroactivité de la loi pénale »<sup>90</sup>; il fait partie, en outre, « des traditions constitutionnelles communes aux États membres »<sup>91</sup>. Si le texte n'évoque pas l'exigence de précision de la loi, les juges luxembourgeois la requièrent, en indiquant qu'elle est inhérente au principe de légalité des délits et des peines<sup>92</sup>. Elle juge, en outre, que le principe renvoie au droit d'origine tant législative que jurisprudentielle<sup>93</sup>. Enfin, la précision de l'article 49 est assez remarquable puisque celui-ci consacre le principe de rétroactivité des peines plus légères, ce qui est un ajout notable par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'en fait expressément pas mention<sup>94</sup>. La difficulté tient cependant au fait que la notion de peine plus légère n'est pas définie, alors que la loi peut comporter à la fois des dispositions plus fortes et plus légères.

L'analyse de la protection du principe de légalité dans le cadre du droit de l'Union européenne

appelle deux observations. D'abord, relevons que ce principe occupe une place moins importante en droit de l'Union dès lors que celle-ci n'a disposé, pendant longtemps, que d'une compétence réduite en matière pénale. Cependant, depuis la prévision de compétences d'attribution dans des domaines particuliers<sup>95</sup>, dont ceux de la criminalité grave, les institutions européennes doivent respecter cette exigence dans l'exercice de leur pouvoir d'incrimination. En outre, si la Cour ne peut se substituer aux législateurs nationaux et doit tenir compte des systèmes de justice pénale, elle s'est parfois fondée sur le principe de légalité pour définir certaines notions de droit pénal général, comme celle de « négligence grave »<sup>96</sup> et l'on peut espérer que la voie soit celle d'un minimum d'« harmonisation judiciaire »<sup>97</sup> des principes relatifs à la matière pénale<sup>98</sup>. La seconde remarque consiste à souligner l'interprétation relativement souple de ce principe, qui tient compte des impératifs de coopération. La difficulté apparaît en matière d'entraide judiciaire lorsque prévaut le principe de reconnaissance mutuelle. Ainsi, dans son arrêt *Advocaten voor de Wereld*<sup>99</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne juge que la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen<sup>100</sup> ne

87. Au sujet de ce principe, v. not. D. Rebut, « Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (dir.), 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2020, p. 1185; P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne* (dir.), th. Dactyl. Nanterre, 2006, É. Fortis (dir.).

88. CJCE, 14 oct. 2004, n° C-36/02, *Omega*, § 33. V. également CJCE, 8 oct. 1987, n° 80/86, *Kolpinghuis*.

89. CJCEc., 12 déc. 1996, n° C-74/95, *Procureur de Turin c. X*.

90. CJUE, 5 déc. 2017, n° C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, § 51.

91. *Ibid.*, § 53.

92. CJUE, 3 juin 2008, n° C-308/06, *Intertanko e.a.*, § 71; CJUE, *M.A.S. et M.B.*, préc., § 58; CJUE, 28 mars 2017, n° 72/15, *PJSC Rosneft Oil Company*, § 164-165; CJCE, 11 juin 1987, n° C-14/86, *Pretore di Salò*. V. également : CJCE, 12 déc. 1996, *Procédures pénales c. I X*, n° C-74/95 et C-129/95.

93. CJCEc., 28 juin 2005, n° C-189/02, *Dansk Rørindustri e.a. c. Commission*.

94. La Cour de Strasbourg l'a d'ailleurs consacré en s'inspirant de l'arrêt *Berlusconi* de la CJCE (CJCE, 3 mai 2005, n° C-387/02 et C-402/02, *Berlusconi e.a.*, § 68) et affirmant qu'il était implicitement garanti par l'article 7 de la Convention (CEDHc., 17 sept. 2009, n° 10249/03, *Scoppola c. Italie*, § 38, 105 et 109).

95. Selon l'article 83 § 1 du TFUE, les institutions européennes peuvent par le biais de directives établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière. Cette compétence d'attribution est liée à un domaine particulier : terrorisme, traite des êtres humains et exploitation sexuelle des femmes et enfants, trafic de drogues, d'armes, blanchiment d'argent, corruption, criminalité organisée, etc.

96. CJCE, Gr. ch., 3 mai 2007, n° C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW, AJDA 2007*, p. 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert; *RSC 2007*, p. 641, chron. L. Idot; *RTD eur.* 2010, p. 159, chron. D. Berlin.

97. X. Pin, « Les enjeux de l'harmonisation judiciaire », in D. Zerouki-Cottin (dir.), *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, La Charte, 2013, p. 88, spéc. p. 90.

98. En ce sens, v. M. Massé et P. Simon, « La construction de la jurisprudence de la Cour de justice en matière pénale », *AJ pén.* 2019, p. 296.

99. CJCE, Gr. ch., *Advocaten voor de Wereld VZW*, préc.

100. Déc. cadre, 13 juin 2002, préc.

tend pas à harmoniser les infractions ni les sanctions prévues, en sorte que la suppression de double incrimination<sup>101</sup> et la préférence donnée à la loi de l'État d'émission ne posent pas difficulté du point de vue de la légalité, alors pourtant que les faits commis sont parfois incriminés de façon différente, voire ne relèvent pas du droit pénal dans l'État de réception. Si l'on compare la solution avec l'arrêt *Soros* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>102</sup>, l'appréciation du principe par la Cour de justice semble donc assez souple, voire « chaotique »<sup>103</sup>, au point que certains doutent de l'avenir de son contrôle en la matière<sup>104</sup>.

**Principe de proportionnalité des peines.** La Cour de justice définit la proportionnalité pour la première fois en indiquant que « les institutions doivent veiller, dans l'exercice de leurs pouvoirs, à ce que les charges imposées aux opérateurs économiques ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs que l'autorité est tenue de réaliser »<sup>105</sup>. Selon l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux, « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ». Le texte innove car aucun instrument international – pas même la Convention européenne (art. 7) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15) –, ne comporte une disposition équivalente. Le texte offre donc un espoir pour les justiciables et l'opportunité d'une plus-value par rapport aux systèmes pénaux nationaux<sup>106</sup>. S'agissant de la prévision des peines, la Cour veille à l'application conforme de la Charte au sein des normes et décisions prises par les organes de l'Union européenne et le principe est d'autant plus suscep-

tible de prospérer dans sa jurisprudence que le processus d'incrimination, en droit de l'Union, s'est développé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Selon un auteur, « les difficultés devraient en définitive se situer au niveau de la loi nationale de transposition qui a l'obligation d'incriminer en respectant les règles imposées par la directive, ce qui revient souvent à indiquer aux États l'adoption de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>107</sup>. En définitive, des incertitudes demeurent, d'autant que les notions de sanction et de peine restent mal identifiées. En réalité, le faible nombre d'arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>108</sup> empêchent d'avoir un recul suffisant<sup>109</sup>, si ce n'est que le principe de proportionnalité des peines souffre probablement de sa corrélation avec le principe général de proportionnalité consacré à l'article 52 de la Charte. La Charte reste à ce stade une promesse, qui suppose de développer une politique pénale, la question étant notamment celle du contrôle que peut s'autoriser la Cour de justice de l'Union européenne à faire sur les peines prévues par les législations nationales. D'autres exemples encore pourraient être mobilisés, tel que le principe *ne bis idem* qui contribue à mettre en œuvre le principe de proportionnalité puisque des sanctions excessives cumulées constitueraient une peine démesurément sévère. Le contentieux est riche et ce principe a fait l'objet d'interprétations variables et spécifiques de la Cour de justice de l'Union européenne, liée à sa conception de la matière « pénale », distincte de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et à l'application du principe aux « faits » et non aux

101. Par exemple, l'exigence d'une double incrimination est écartée pour 32 catégories d'infractions dans les cas du mandat d'arrêt européen et la décision d'enquête européenne (C. proc. pén., art. 694-32 et 695-23).

102. CEDH, 6 oct. 2011, n° 50425/06, *Soros c. France*. Dans cet arrêt, la Cour européenne s'interroge sur la définition française du délit d'initié et conclut à une absence de violation de l'article 7 de la Convention et ce alors que le caractère vague des dispositions avait été souligné par l'autorité de surveillance des marchés financiers.

103. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2021, n° 492.

104. E. Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LGDJ, coll. « Fond. Varenne », t. 31, 2009, p. 285, n° 629.

105. CJCE, 18 mars 1980, n° 154/78 et a., *Valsabbia*, Rec. 907.

106. En ce sens, J. Dechepy-Tellier, « Le principe de proportionnalité des peines de l'article 49 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : lettre morte ou lettre vive ? », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application*, op. cit., 2018, p. 473.

107. *Ibid.*, spéc. p. 488. V. par exemple la directive 2016/681/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données passagers (P.N.R.) pour la prévention et la détection d'infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, art. 14, al. 3.

108. V. par ex. : CJUE, 8 sept. 2015, *Taricco*, n° C-105/14; CJUE, 6 oct. 2016, *Paoletti*, n° C-218-15; CJUE, 5 déc. 2017, *MAS et MB*, préc.

109. Pour aller plus loin, v. J. Dechepy-Tellier, op. cit.

« infractions » – l'évolution récente traduisant néanmoins un rapprochement des deux Cours<sup>110</sup>.

### B. En droit procédural

C'est certainement en matière de procédure pénale que les évolutions sont les plus significatives et participent d'une véritable construction des droits fondamentaux. Sont visés, notamment, les articles 47 à 50 de la Charte des droits fondamentaux. L'étude du degré d'incidence du droit de l'Union européenne sur la protection des droits fondamentaux implique d'analyser le degré de rapprochement des dispositions législatives en matière procédurale, mais aussi l'articulation entre le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux protégés par la Convention européenne.

**Degré de rapprochement des droits nationaux.** Il convient d'abord de souligner, à cet égard, le dynamisme du législateur européen, qui contribue au rayonnement du droit de l'Union européenne. En matière de procédure pénale, l'harmonisation par le biais de directives et règles minimales se fonde sur l'article 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et vise à faciliter la reconnaissance mutuelle ainsi que la coopération policière et judiciaire. La compétence de l'Union européenne pour fixer des règles minimales implique que les États membres peuvent maintenir ou instaurer un niveau de protection plus élevé pour les personnes selon l'article 82, ce qui fait écho à l'ar-

ticle 53 de la Charte. Dans le prolongement de la résolution du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux<sup>111</sup>, plusieurs directives ont été adoptées, signes d'une harmonisation considérable des règles de procédure et d'une conception exigeante du procès équitable. On songe à la série de directives dites « garanties procédurales », relatives au droit à l'interprétation et à la traduction<sup>112</sup>, à l'information<sup>113</sup>, à l'accès à un avocat<sup>114</sup>, en faveur des enfants suspects ou des personnes poursuivies<sup>115</sup>, ou encore à la directive relative à l'aide juridictionnelle<sup>116</sup>. S'agissant précisément de celle de 2012 sur le droit à l'information, la Cour de justice de l'Union européenne retient une application extensive dans son arrêt *Moro*<sup>117</sup> en vue de l'harmonisation des règles de procédure, indépendamment de l'existence d'une situation transfrontière. On pense également à la directive du 9 mars 2016 sur la présomption d'innocence<sup>118</sup>, qui vise à « renforcer le droit à un procès équitable dans le cadre des procédures pénales, en définissant des règles minimales communes concernant certains aspects de la présomption d'innocence et le droit d'assister à son procès »<sup>119</sup>, et dont l'objectif est d'assurer un niveau de protection plus élevé de certains aspects du principe. Ce rayonnement est, ensuite, assuré par la jurisprudence européenne susceptible de faire évoluer nos dispositifs. La question de la protection des données person-

110. Pour aller plus loin, v. D. Bernard, « Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., p. 1197 ; B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », *AJ pén.* 2015, p. 175 ; E. Ceci et F. Lallemand, « Le principe "non bis in idem" au regard de la récente jurisprudence européenne : évolution ou remise en question ? », *RGFCP* 2018/7, p. 7 ; C. Haguenu-Moizard, F. Gazin, J. Leblois-Happe, op. cit., p. 62.

111. *JOUE* C 295/1, 4 déc. 2009.

112. Dir. 2010/64/UE du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 280 du 26 oct. 2010, p. 1-7.

113. Dir. 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 142 du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1-10.

114. Dir. 2013/48/UE du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *JOUE* L 294 du 6 nov. 2013, pp. 1-12.

115. Dir. 2016/800/UE du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédure pénales, *JOUE* L 132 du 21 mai 2016, p. 120.

116. Dir. (UE) 2016/1919 du 26 oct. 2016 visant à garantir l'effectivité du droit d'accès à un avocat en établissant des règles minimales communes, *JOUE* L 297 du 4 nov. 2016, p. 1-8.

117. CJUE, 13 juin 2019, n° C-646/17, *Gianluca Moro*.

118. Dir. (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L 65 du 11 mars 2016, p. 1-11.

119. Consid. 9.

nelles<sup>120</sup> en est une illustration manifeste – la Cour de justice de l'Union européenne ayant, par un arrêt du 2 mars 2021<sup>121</sup> confirmé le 5 avril 2022<sup>122</sup>, posé, d'une part, une interdiction de conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, puis exigé, d'autre part, que le dispositif soit contrôlé par une autorité indépendante – ce que n'est pas un ministère public dirigeant à la fois l'enquête et exerçant l'action publique. Au regard de l'imprécision de nos dispositifs, de la compétence et du statut du procureur en France, le droit de l'Union européenne est une épée de Damoclès qui conduit à s'interroger sur la conformité du droit français en matière d'investigations numériques<sup>123</sup>.

**Le degré de protection des droits fondamentaux confronté au droit de la Convention européenne des droits de l'homme.** La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas une juridiction des droits de l'homme et le degré de protection varie en fonction de considérations liées aux objectifs de l'Union, en sorte qu'une politique des droits fondamentaux peine à se dessiner. Selon les articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux, celle-ci doit assurer un niveau de protection au moins égal à ce qui est offert par le droit européen des droits de l'homme. La convergence est particulièrement forte s'agissant des droits procédurux : ainsi, par exemple, des droits de la défense qui correspondent à ceux édictés à l'article 6 de la Convention européenne mais aussi à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg<sup>124</sup>. Le degré de protection

se trouve dans la majeure partie des cas comparable à celui qu'offre le droit de la Convention<sup>125</sup>. Un degré *variable* de protection se distingue néanmoins parfois, confirmant le mouvement d'émancipation du système de protection, à partir d'un seuil prédéterminé par la Convention européenne. Par exemple, les *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* précisent que l'article 47, consacrant le droit à un recours juridictionnel effectif, offre une protection plus étendue que celle prévue à l'article 13 de la Convention européenne, en garantissant le droit à un recours effectif devant « un juge » et non devant « une instance nationale »<sup>126</sup>. Concernant le droit à un procès équitable, une différence notable est à relever car la Convention européenne s'applique à l'examen du « bien-fondé de toute accusation en matière pénale », tandis que l'article 47 de la Charte s'applique à toute « cause » quelconque – tel est le cas, par exemple, du contentieux de la police des étrangers<sup>127</sup>. D'après les *Explications de la Charte*, cette extension se justifie par le « fait que l'Union est une communauté de droit »<sup>128</sup>. Un autre exemple résulte du droit à la présomption d'innocence, puisque la directive précitée de 2016 paraît davantage protectrice en limitant la possibilité d'informer sur les procédures en cours aux seuls cas où cela est strictement nécessaire pour des raisons liées à l'enquête ou à l'intérêt public<sup>129</sup>. Dans le même sens, la directive affirme que seules les mesures de contrainte physique *strictement nécessaires*, du type box vitrés,

120. V. la Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE 1995, n° L 281, p. 31-50; Règl. 2016/679/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive « données personnelles », JOUE 2016, n° L 119, p. 1-88.

121. CJUE, 2 mars 2021, n° C-746/18, H. K. (*Prokuratuur*); v. *Dr. pén.* 2022, n° 4, chron. 5, O. Cahn; *RSC* 2021, p. 895, chron. J. Tricot; *AJDA* 2021, p. 1086, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic; *D.* 2021, p. 1564, obs. J.-B. Perrier; *AJ pén.* 2021, p. 267, obs. S. Lavric; *Dalloz IP/IT* 2021, p. 468, obs. B. Bertrand. Cet arrêt confirme et précise les arrêts CJUE, 21 déc. 2016, n° C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige et Watson e.a.* et CJUE, 6 oct. 2020, n° C-511/18, C-512/18 et C-520/18, *La Quadrature du Net e.a.*

122. CJUE, Gr. ch., 5 avr. 2022, n° C-140/20, *Commissioner of the Garda Síochána e.a.*

123. V. not. les arrêts remarquables Crim., 12 juill. 2022, n° 21-83.710, 21-83.820, 21-84.096 et 20-86.652; *Gaz. Pal.* 2022, n° 31, p. 19, note M. Bouchet.

124. Au sujet des droits de la défense, v. M.-A. Beernaert, « Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1163.

125. C'est ce qui apparaît notamment lorsque l'on étudie l'ensemble des droits fondamentaux relatifs à la matière pénale; v. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*

126. V. F. Krenc, « Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », in *ibid.*, p. 1133.

127. CJUE, 11 déc 2014, n° C-249/13, *Boudjlida*.

128. V. F. Krenc., *op. cit.*

129. Dir. 2016/343 UE, préc., art. 4.3.

peuvent être prises à l'encontre d'un suspect<sup>130</sup>, tandis que la Cour européenne se montre plus pragmatique et ne retient de violations de la présomption d'innocence que dans l'hypothèse d'application illégale ou manifestement non justifiée des mesures<sup>131</sup>.

Mais le degré de protection varie parfois sur la base d'une autre dynamique et l'on songe tout particulièrement à la notion, plastique et autonome, d'autorité judiciaire et au degré variable d'indépendance en fonction des actes d'enquête et instruments de coopération que retient la Cour de justice de l'Union européenne<sup>132</sup>, dans une conception distincte de la Cour européenne. Les juges luxembourgeois admettent ainsi, en 2019 puis 2020, que l'autorité judiciaire émettrice d'un mandat d'arrêt européen diffère de celle habilitée à rendre une décision d'enquête européenne : concernant cette dernière, il importe peu que l'autorité soit soumise à des instructions individuelles de la part du pouvoir exécutif<sup>133</sup>. La variabilité de l'exigence s'explique sans doute par les différences entre ces instruments<sup>134</sup> : le mandat d'arrêt européen entend exploiter au mieux la logique de reconnaissance mutuelle, tandis que la décision d'enquête européenne prend acte des résistances nationales rencontrées à la libre circulation des décisions pénales. À cela, ajoutons que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le ministère public français peut prétendre à la qualité d'au-

torité judiciaire dans le cadre du mandat d'arrêt européen ; peu importe qu'il soit chargé de l'action publique et qu'il puisse recevoir du Garde des Sceaux des instructions générales<sup>135</sup>. On se souvient pourtant qu'en matière de protection des données, la Cour juge le parquet qui dirige l'enquête tout en exerçant l'action publique ne peut être qualifié d'autorité indépendante<sup>136</sup>.

L'instabilité de la définition de la notion révèle en réalité toute l'ambivalence de la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne qui doit concilier des intérêts parfois contradictoires. Indéniablement, et à l'heure des premiers pas du parquet européen qui devrait accroître l'intérêt de l'Union dans la garantie des droits de l'homme<sup>137</sup>, on attend du juge de l'Union qu'il élabore une véritable politique jurisprudentielle consolidant *l'émergence de garanties en matière pénale*<sup>138</sup>. Par le passé, M. Robert Badinter prédisait que la Charte des droits fondamentaux serait surtout utilisée dans des domaines qui ne sont pas ceux sur lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a statué<sup>139</sup>. Construction autonome et complexe d'un espace pénal de l'Union européenne ? Dialogue des juges européens en matière de garanties ? Ces questions soulèvent la problématique des rapports entre Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme, dans le prolongement de la présente réflexion<sup>140</sup>.

130. *Ibid.*, art. 5.

131. CEDH, 27 janv. 2009, n° 1704/06, *Ramishvili c. Géorgie* ; CEDH, 16 mars 2010, n° 14352/04, *Jiga c. Roumanie*.

132. V. not. P. Beauvais, « L'émergence d'une autorité judiciaire européenne », *RTD eur.* 2020, p. 437 ; T. Herran, « Les procédures nationales d'émission du mandat d'arrêt européen au crible de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. pénit.* 2020, n° 4.

133. Concernant la décision d'enquête européenne, v. CJUE, Gr. ch., 8 déc. 2020, n° C-584/19, A. e.a., *Dr. pén.* 2021, n° 4, chron. 4, O. Cahn ; *Dr. pén.* 2021, n° 2, comm. 35, note A. Gogorza ; concernant le mandat d'arrêt européen, voir CJUE, 27 mai 2019, n° C-508/18 et C-82/19 PPU, *OG et Pl – parquets de Lübeck et de Zwickau* ; CJUE, 27 mai 2019, n° C-509/18, *PF – procureur général de Lituanie*.

134. En ce sens, v. G. Taupiac-Nouvel, « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire : à propos de la jurisprudence récente de la CJUE », *Actualités du GDR-ELSJ* 17 juin 2017.

135. CJUE, 12 déc. 2019, n° C-556/19 et C-626/19.

136. CJUE, 2 mars 2021, H. K. (*Prokuratuur*), préc.

137. V. not. H. Christodoulou, « Comment sont protégés les droits fondamentaux face au parquet européen » : <https://helenechristodoulou.com/la-protection-des-droits-fondamentaux-face-au-parquet-europeen>.

138. En ce sens, v. M. Massé et P. Simon, *op. cit.*

139. R. Badinter, « Conclusion », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 331.

140. V. la contribution de M. Bouchet dans ce numéro ; également : E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme dans la garantie des principes du droit pénal

**Marthe Bouchet**

Professeure à l'Université Sorbonne Paris Nord – Paris XIII

**M**ireille Delmas-Marty considérait l'Europe comme un « laboratoire d'expérimentation » où l'on pouvait observer « la naissance d'un pluralisme juridique ordonné ». Elle relevait « la coexistence des ordres européens – un pluriel qui fait irrésistiblement désordre – pour tenter la recherche de clés qui permettrait l'harmonisation »<sup>1</sup>.

Cette recherche doit se poursuivre. Les rapports établis aujourd'hui entre Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne en témoignent, particulière-

ment quant à la garantie des principes du droit pénal.

« Principes du droit pénal ». L'expression est particulière. Le terme « principe » est en lui-même très flou<sup>2</sup>. Cependant la difficulté de définition se dépasse assez bien lorsque l'on évoque les « principes du droit pénal ». En droit pénal de fond, on pense immédiatement aux principes consacrés par le livre premier du Code pénal ou par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – légalité des délits et des peines<sup>3</sup>, non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère<sup>4</sup>,

1. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 179 et 180. Selon l'auteur, ces clefs d'harmonisation étaient au nombre de deux : la « clé d'interprétation des principes communs », et la « clé de l'éthique des droits de l'homme ».

2. Selon le *Vocabulaire* Cornu, le principe se définit comme la « règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> éd., PUF, coll. *Quadrige*, 2018, p. 806).

3. Art. 111-3 C. pén. et art. 7 DDHC.

4. Art. 112-1 C. pén.

nécessité et proportionnalité des peines<sup>5</sup>. En droit pénal de forme, on songe aux principes que reconnaît l'article préliminaire du Code de procédure pénale, au droit au procès équitable dans son ensemble, ainsi qu'aux garanties plus spécifiquement pénales – droits de la défense, présomption d'innocence<sup>6</sup>.

Or quel que soit le principe envisagé, il n'est plus possible de faire l'économie d'une lecture des jurisprudences européennes. Prenons l'exemple du principe *ne bis in idem*<sup>7</sup>. Il n'est pas possible de l'aborder, dans sa dimension procédurale du moins, sans se référer aux jurisprudences développées à la fois par la Cour de Strasbourg<sup>8</sup> et par celle de Luxembourg<sup>9</sup>.

Cependant, ce « dualisme juridictionnel »<sup>10</sup> interroge; Renucci le considérait comme « une réalité et un défi »<sup>11</sup>. Un défi en effet, tant ces deux juridictions internationales sont différentes et ne représentent pas la même Europe.

D'un côté, la Cour européenne des droits de l'homme œuvre depuis Strasbourg, à protéger le plus efficacement possible les droits et les libertés consacrés par la Convention. Elle n'a d'autre mission que la protection des droits fondamentaux.

De l'autre côté, la Cour de Justice de l'Union européenne, depuis Luxembourg, garantit le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités de l'Union<sup>12</sup>. Elle n'était pas initialement destinée à protéger les droits et les libertés

individuels, ni, *a fortiori*, les principes du droit pénal.

Ces deux juridictions opèrent d'ailleurs sur des terrains distincts : la CJUE n'intervient que lorsque le droit de l'Union est en cause, alors que la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas compétente en ce cas.

Les rapports entre ces deux juridictions auraient donc pu se résumer à de l'indifférence.

Cependant, les grands principes du droit pénal sont consacrés à la fois par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>13</sup>, et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>14</sup>, ce qui invite leurs interprètes à s'entendre : on comprendrait mal qu'un principe du droit pénal ne soit pas garanti de la même façon dans une Europe que dans l'autre.

Par ailleurs, les États peuvent porter atteinte à la Convention, en appliquant, plus ou moins directement, le droit de l'Union européenne, amenant la Cour européenne des droits de l'homme à s'emparer de cette question.

Par conséquent, ces deux juridictions ne s'ignorent pas. Dès la fin des années 70, la Cour européenne des droits de l'homme a été la première à citer un arrêt rendu par la CJCE<sup>15</sup>. Puis, la Cour de justice de l'Union européenne s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour garantir les principes du droit pénal *via* les principes généraux du droit communautaire<sup>16</sup>. La Cour de justice a été jusqu'à confé-

5. Art. 8 DDHC.

6. V. not. les garanties portées par l'art. préliminaire du Code de procédure pénale, ainsi que les art. 2, 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

7. Il s'agit du principe selon lequel « nul ne peut être puni deux fois pour les mêmes faits », on distingue classiquement sa dimension substantielle (qui empêche les cumuls de qualifications) de sa dimension procédurale (qui empêche les cumuls de poursuites).

8. V. not. CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c. Autriche*, § 55; 16 juin 2009, n° 13079/03, *Ruotsalainen c. Finlande*, § 56; 27 nov. 2014, n° 7356/10, *Lucky Dev c. Suède*; 30 avr. 2015, n° 34/53/12, 42941/12 et 9028/13, *Kapetanios c. Grèce*; 15 nov. 2016, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens c. Italie*; 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *A et B c. Norvège*; 6 juin 2019, n° 47342/14, *Nodet c. France*.

9. V. not. CJUE, 7 mai 2013, n° C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* puis 20 mars 2018, n° C-537/16; C-596/16 et C-507/16.

10. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 1<sup>re</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 6.

11. *Ibid.*

12. Art. 19 § 1 TUE : « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

13. V. not. les art. 6 et 7 de la Convention et les protocoles additionnels n° 6, 7 (spéc. art. 2, 3 et 4), et 13.

14. V. not. les art. 47 à 50 de la Charte.

15. CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique*.

16. À titre d'exemples, pour le principe de légalité pénale, v. not. CJCE, 12 déc. 1996, n° C-74/95, *Procédure pénale contre X.*; pour le droit de garder le silence, v. CJCE, 18 oct. 1989, n° c. 374/87, *Orkem*.



rer à la Convention européenne des droits de l'homme « une signification particulière »<sup>17</sup>. À tel point qu'on a parlé d'une « banalisation de l'usage du droit de la Convention » par le juge de l'Union<sup>18</sup>.

Les liens qui se sont noués entre les deux juridictions européennes vont donc au-delà du « dialogue des juges »<sup>19</sup> quant à la garantie des principes du droit pénal. Quels sont alors les rapports<sup>20</sup> qui se sont établis entre elles ? Peut-on parler de rapports pacifiés ? De rapports équilibrés ? À l'inverse, doit-on plutôt voir entre Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice un rapport de force, une forme de concurrence, ou même de hiérarchie ?

Plus encore, ces interactions incessantes entre juridictions européennes constituent-elles un « atout ou une faiblesse »<sup>21</sup> pour la protection de nos principes pénaux ?

Un atout, parce que l'on multiplie les forces : deux juridictions œuvrent pour mieux garantir les principes du droit pénal. La prime serait en outre donnée à la juridiction la plus protectrice, retenant l'interprétation la plus exigeante<sup>22</sup>. Les principes pénaux en ressortiraient renforcés.

Ou bien est-ce une faiblesse ? Comment ne pas craindre les contradictions entre ces juridictions ? Et même sans en arriver là, la dualité de juridictions ne risque-t-elle pas d'entretenir une imprévisibilité, dans une matière, le droit pénal, qui s'en accommode très mal ?

Le principe de légalité des délits et des peines implique en effet une certitude, du moins une

prévisibilité, pour le justiciable. Est-ce encore le cas lorsque l'issue du procès pénal dépend de la cohérence entre la solution donnée à l'occasion d'une question préjudicielle soumise à la Cour de justice de l'Union européenne et celle livrée à la suite d'une requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme ? Sans compter sur la présence d'un troisième acteur, susceptible d'intervenir sur les mêmes questions, mais dans une perspective exclusivement interne : le Conseil constitutionnel.

Si l'on s'en tient aux interactions entre Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme, elles ont vocation à devenir de plus en plus nombreuses en matière pénale. En effet, le développement de la compétence pénale de l'Union européenne et des mécanismes d'entraide répressive augmente considérablement le nombre d'hypothèses dans lesquelles les deux cours seront saisies d'une même question<sup>23</sup>, d'autant que le droit pénal est un terrain d'expression privilégié de ces interactions jurisprudentielles. Les personnes mises en cause sont enclines à multiplier les recours, les percevant comme une chance de faire cesser une atteinte à un droit ou de recouvrer une liberté. N'est-ce pas l'exécution de mandats d'arrêt européens qui sans cesse exige de ces juridictions qu'elles précisent leurs positions l'une à l'égard de l'autre<sup>24</sup> ?

Pour toutes ces raisons, la question des rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme dans la garantie des principes pénaux devient cruciale et doit être posée.

17. CJCE, 21 sept. 1989, n° 46/87 et 227/88, *Hoescht*. V. également, CJCE, 19 juin 1991, n° C-260/89, *ERT*.

18. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 15<sup>e</sup> éd., PUF, 2021, n° 94.

19. La paternité de l'expression est attribuée au Président B. Genevois, conclusions sur CE, Ass., 22 déc. 1978, *Cohn-Bendit*, Lebon p. 524. Pour le sujet qui nous intéresse, v. not. L. Potvin-Solis, « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de F. Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 591. Toutefois, le concept de dialogue des juges est assez largement critiqué, v. entre autres, B. Bonnet, « Le dialogue des juges, un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de F. Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 81 et s.

20. Le rapport se définit comme l'« action d'établir un lien, une relation entre deux (ou plusieurs) personnes, deux (ou plusieurs) choses, entre une (ou plusieurs) personne(s) et une (ou plusieurs) chose(s) », CNRTL, *version informatisée*.

21. La question était posée en ces termes par J. Rideau et J.-F. Renucci, « Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux, atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme », *Justices* 1997, n° 6, p. 95.

22. En ce sens, v. not. B. Genevois, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente », in *La concurrence des juges en Europe*, éd. Clément Juglar, 2018, spéc. p. 29.

23. Sur cette question, v. T. Herran, « L'emprise de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'entraide répressive internationale », *RSC* 2013, p. 735.

24. V. *infra* pour de multiples exemples. Il en est allé de même concernant l'articulation entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne, interrogée à l'occasion de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (CJUE, 22 juin 2010, n° C-188/10, *Melki et Abdeli*).

Mais ces rapports ont sans cesse fluctué, ils se modifient constamment dans le temps. Ils doivent donc être envisagés dans une « perspective dynamique »<sup>25</sup>. Initialement, l'ascendant de la Cour EDH, première à protéger les droits fondamentaux, était fort. Puis, la Cour de justice de l'Union européenne a acquis une forme d'autonomie, qu'il convient de bien préciser. Aujourd'hui, leurs rapports semblent témoigner d'un équilibre fragile qui pourrait constituer le préalable à une évolution, dans un sens ou dans un autre.

Dès lors, à l'étude des rapports entre Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme d'aujourd'hui (I), doit succéder l'étude de leurs rapports de demain (II).

## I. Premier temps : les rapports d'aujourd'hui

Aujourd'hui, une sorte d'équilibre, dans la garantie des principes pénaux, s'est établi. L'équilibre trouvé n'est pas uniquement celui qui est écrit dans les textes (A). Non, l'équilibre trouvé résulte davantage d'une pratique jurisprudentielle (B).

### A. Le cadre imposé par les textes

D'un point de vue procédural, la compétence de la CJUE est doublement limitée. Non seulement elle ne peut se prononcer que lorsque le droit de l'Union est en cause, mais, surtout, il n'existe aucun mécanisme de recours spécifique pour la saisir d'une violation des droits fondamentaux. Le système de l'Union européenne « reste encore très imparfait dès lors que fait défaut une voie de recours spéciale offerte aux individus pour la garantie de leurs droits »<sup>26</sup>. C'est à l'occasion d'un recours en manquement, en validité ou en légalité que la Cour de Justice pourra être saisie de ces questions<sup>27</sup>, elle l'est le plus souvent par la voie de la question préjudicielle<sup>28</sup>.

À l'inverse, le recours individuel permet à la Cour de Strasbourg d'être saisie par un particulier de toute violation commise par un État membre de la Convention<sup>29</sup>. Ce recours individuel est la véritable « clef de voûte »<sup>30</sup> du système de protection des droits fondamentaux dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>31</sup>. Il garantit à tous l'accès à la Convention et offre à la CEDH le pouvoir « du dernier mot »<sup>32</sup>.

Les voies pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme se sont encore étoffées avec l'instauration de la saisine pour avis<sup>33</sup>. Désormais, les États parties à la Convention peuvent lui

25. En ce sens, v. D. Simon, « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : je t'aime, moi non plus », *Pouvoirs* 2001, p. 34.

26. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 91.

27. Trois types de recours peuvent être effectués devant la CJUE : le recours en manquement (art. 259 et s. TFUE), en annulation (art. 263 et s. TFUE) et en carence (art. 265 et s. TFUE). Par ailleurs, la CJUE peut être interrogée, par la voie de la question préjudicielle, sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union européenne (art. 267 TFUE). Sur leur mise en œuvre en droit pénal, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2021, n° 506 et s.

28. La Cour de justice qualifie elle-même la question préjudicielle de « clef de voûte du système juridictionnel » au sein de l'Union européenne. CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, spéc. § 153, 154 et 156 (et, déjà avant, CJCE, 5 févr. 1963, n° 26/62, *Van Gend and Loos*).

29. Art. 34 CEDH : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

30. La Cour elle-même a employé cette expression, CEDH, 4 févr. 2005, n° 46827/99 et 46951/99, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*. V. également, sur le caractère essentiel de ce recours, CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, *Loizidou c. Turquie*.

31. Sur l'importance du droit de requête individuelle, v. not. F. Sudre, « Le bouleversement du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2021, p. 1044.

32. V. en ce sens, D. de Bechillon, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 33. Dans le même sens, « Puisque de toute évidence, qu'il faut sans cesse rappeler, la Cour européenne des droits de l'Homme a vocation à toujours avoir le dernier mot », J.-P. Marguénaud et O. Dubos, « Cour européenne des droits de l'homme et/ou Cour de justice de l'Union européenne : quel contrôle pour le droit pénal en Europe », in *Juge national, européen, international et droit pénal. Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'ISC de Bordeaux*, Cujas, 2012, p. 34.

33. Le mécanisme a été instauré par le protocole additionnel n° 16 à la Convention. Il suffisait que 10 parties l'aient ratifié pour qu'il entre en vigueur à leur égard. La France l'a fait en avril 2018, il est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> août 2018. Diverses demandes d'avis ont déjà été formulées par les juridictions françaises. Sur le mécanisme, v. *JCP G* 2018, act. 473, obs. F. Sudre. (Pour la première saisine pour avis, v. Cass., Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, en matière de gestation pour autrui, à laquelle la Cour a répondu le 10 avril 2019, n° P16-2018-001).

adresser « des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »<sup>34</sup>. Cette nouvelle procédure consiste en un contrôle préventif et abstrait. Elle ressemble davantage à une question préjudicielle, et concurrence plus directement l'office de la CJUE<sup>35</sup>. Déjà exploitée en matière pénale<sup>36</sup>, elle a offert à la Cour européenne la possibilité d'être saisie *a priori* et *a posteriori*.

D'un point de vue substantiel, on retrouve ce même ascendant au profit de la Cour EDH. La Charte des droits fondamentaux en témoigne. En tant que texte plus récent, elle régit les rapports entre CJUE et CEDH. Plus précisément, la Charte comporte deux dispositions essentielles : une clause de correspondance des droits protégés et une clause de non-recul<sup>37</sup>.

La clause de correspondance résulte de l'article 52 § 3 de la Charte. Elle prévoit que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,

**leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention** ».

Or, c'est précisément la Cour européenne des droits de l'homme qui détermine « le sens » et « la portée » de ces droits fondamentaux. Par conséquent, la CJUE devra se conformer à la position de la CEDH pour éviter toute contradiction. Les exemples de correspondances entre les jurisprudences quant aux principes du droit pénal sont légion<sup>38</sup>. La Cour de Luxembourg vient de réaffirmer avec force, le 5 avril dernier, l'interdiction de la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, même lorsqu'il s'agit de lutter contre des infractions graves<sup>39</sup>. Pour asseoir cette solution exigeante, qui s'inscrit désormais dans une ligne jurisprudentielle claire<sup>40</sup>, la Cour de Justice s'est initialement appuyée sur la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>41</sup>. Dans une moindre mesure, la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire également des solutions retenues par la Cour de justice<sup>42</sup>.

La seule limite à cette cohérence imposée tient à ce que le droit de l'Union puisse accorder une protection plus étendue au droit concerné ; c'est

34. Art. 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 16.

35. V. not. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 185, relevant que ce nouveau mécanisme accentue « le rôle constitutionnel » de la Cour, « appelée à se prononcer exclusivement en droit et à donner une solution de principe à une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention ».

36. La Cour a été précisément saisie par la Cour constitutionnelle arménienne de la conformité à l'article 7 de la Convention de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée. La Cour a répondu dans une décision du 29 mai 2020, n° P16-2019-001.

37. V. not. S. Tabani, « L'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux : un discours sans la méthode de gestion des rapports de systèmes entre la Charte des droits fondamentaux et la CEDH ? », in R. Tinière et C. Vial (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2020, p. 251.

38. V. par exemple, CJCE, 28 juin 2005, n° C-189/02, *Dansk Rorindustri*, sur le principe de légalité pénale.

39. CJUE, 5 avr. 2022, n° C-140/20, *Commissioner of the Garda Síochána e.a.*

40. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence constante en la matière, CJUE, 8 avril 2014, n° C-293/12, *Digital Rights Ireland*; 21 déc. 2016, n° C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige et Watson e.a.*; 6 oct. 2020, n° C-623/17, *Privacy International*, n° C-511/18, C-512/18, *La Quadrature du Net e.a.*, n° C-520/18, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*; 2 mars 2021, n° C-746/18, *Prokuratuur*.

41. Dans l'arrêt n° C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige*, § 119 et 120, la CJUE se réfère explicitement aux arrêts *Zakharov c. Russie* (4 déc. 2015) et *Szabo et Vissy c. Hongrie* (12 janv. 2016). Sur ces interactions jurisprudentielles, v. not. H. Surrel, « La protection des données à caractère personnel, domaine emblématique des interactions jurisprudentielles entre cours européennes et Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel 2019*, Titre VII, vol. 2, p. 5.

42. Sur ce point, v. D. Simon, « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : je t'aime, moi non plus », préc. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt du 20 août 2018, n° 59868/08, *Vizgirda c. Slovaquie*, § 60 et s. dans lequel la Cour EDH se fonde sur une directive européenne (directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010) pour exiger des États une assistance linguistique permettant au requérant de participer activement à son procès.

la seconde clause, la clause de « non recul », issue de l'article 53 de la Charte<sup>43</sup>. La Cour de Justice pourra se démarquer de la jurisprudence de Strasbourg pour accorder une protection plus favorable aux principes pénaux<sup>44</sup>.

Les textes offrent un double avantage, à la fois procédural et substantiel, à la CEDH. Mais à côté des textes, la pratique jurisprudentielle a rééquilibré ces rapports.

### **B. L'équilibre trouvé par les juridictions, ensuite**

Dans le très célèbre arrêt *Bosphorus Airways*, la Cour EDH a accordé au droit de l'Union une présomption de conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a considéré qu'« il est constant que [l'Union européenne] accorde aux droits fondamentaux [...] une protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique mais “comparable” – à celle assurée par la Convention ». La Cour précise « qu'un constat de “protection équivalente” de ce type n'est pas définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »<sup>45</sup>.

Elle a notamment fait application de cette présomption, en matière pénale, à l'occasion de l'affaire *Michaud contre France*<sup>46</sup>. En l'espèce, était contestée l'obligation de déclaration de

souçons, qui pèse sur les avocats de déclarer les soupçons qu'ils auraient quant à l'origine des fonds de leurs clients, sous peine de sanctions disciplinaires. La méconnaissance du principe de légalité pénale et une atteinte au secret professionnel étaient invoquées. Or, la déclaration de soupçons était issue d'une directive européenne. De fait, se prononcer sur la conventionnalité de l'acte interne contraignait la CEDH à examiner, indirectement au moins, l'acte européen. La Cour européenne des droits de l'homme a alors rappelé la présomption *Bosphorus* et précisé plusieurs points<sup>47</sup>.

Première précision : le champ d'application de cette présomption est limité à l'hypothèse dans laquelle l'État n'avait aucune marge de manœuvre et lorsque l'ensemble des mécanismes de protection des droits fondamentaux a été déployé. Ce n'était pas le cas en l'espèce : la transposition de la directive laissait une marge de manœuvre à la France et aucune question préjudicielle n'avait été renvoyée à la Cour de justice de l'Union. On notera qu'en mettant ainsi en avant l'intérêt de la question préjudicielle, la CEDH montre qu'elle n'entend pas empiéter sur les prérogatives de la Cour de justice. Cette position, sans cesse confirmée<sup>48</sup>, a permis de pacifier les rapports entre les deux juridictions européennes, et a montré la volonté de les inscrire dans un esprit de coopération<sup>49</sup>.

43. Art. 53 : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

44. Les exemples sont plus rares, mais on peut citer l'arrêt CEDH, 15 mars 2022, n° 43572/19, *Grezda c. Pologne*, § 118 : « La Cour doit, dès lors, veiller à ce que l'interprétation qu'elle effectue de l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte assure un niveau de protection qui ne méconnaît pas celui garanti à l'article 6 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 29 juillet 2019, n° C-38/18, *Gambino et Hyka*, § 39) ».

Dans un autre domaine, la Cour de justice en a fait usage au bénéfice de demandeurs d'asile se trouvant en zone de transit : alors que la Cour de Strasbourg n'y voyait pas une privation de liberté (CEDH, 21 nov. 2019, n° 47287/15, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*) la Cour de Luxembourg a tranché en sens inverse (CJUE, 14 mai 2020, n° C-924/19 et C-925/19, *FMS, FNZ et SA, SA junior*).

45. CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, § 165 : « Dans ces conditions, la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, “équivalente” (au sens du paragraphe 155 ci-dessus) à celle assurée par le mécanisme de la Convention ».

46. CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c. France*, spéc. § 103.

47. V. not. CEDH, 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotiņš c. Lettonie*, § 113.

48. V. not. CEDH, 20 sept. 2011, nos 3989/07 et 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*; 8 avr. 2014, n° 17120/09, *Dhabhi c. Italie*; 13 févr. 2020, n° 25137/13, *Sanofi Pasteur c. France*.

49. V. not. CEDH, 20 sept. 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, préc., § 54 et s., spéc. § 60 : « Ainsi, l'article 6 § 1 met dans ce contexte à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception ». Suggérant que le renvoi préjudiciel devienne obligatoire, v. H. Gaudin, « Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ? », *Europe* 2019, n° 6, étude 5.

Seconde précision : la présomption n'est pas irréfragable. Elle peut être renversée, mais uniquement en cas **d'insuffisance manifeste** des droits protégés par la Convention<sup>50</sup>.

Cette présomption a apaisé et rééquilibré les rapports entre les juridictions : la CEDH ne s'était pas érigée en juge de la conformité du droit de l'Union aux droits de l'homme<sup>51</sup>. Elle agissait au contraire dans « un esprit de complémentarité »<sup>52</sup>, en reconnaissant le niveau équivalent de protection des principes pénaux auquel était parvenu la Cour de justice.

Néanmoins, cette présomption, « raisonnable en l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH »<sup>53</sup>, a fait l'objet de critiques.

D'une part, elle se comprend mal lorsque des droits indérogeables sont en cause<sup>54</sup>. Lorsque l'exécution d'un mandat d'arrêt européen risque d'exposer une personne à des conditions de détention indignes, la présomption est-elle encore justifiée ?

D'autre part, la présomption a semblé plus fragile dès lors que la CJUE a manifesté sa volonté de prendre de l'autonomie face à la Cour de Strasbourg. La plus éloquente des manifestations de cette aspiration à l'autonomie réside

probablement dans le célèbre avis 2/13, émis par la Cour de justice de l'Union européenne, en réponse au projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>55</sup>. La juridiction de Luxembourg a alors exprimé toutes les craintes que lui inspirait un tel projet quant à l'autonomie de l'Union. Elle a affirmé que l'intervention de la Cour EDH « ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union »<sup>56</sup>.

Et il y a eu d'autres signes de cette aspiration à l'autonomie : la Cour de justice a choisi de fonder principalement ses décisions sur la Charte des droits fondamentaux et sur ses propres précédents, plutôt que sur la jurisprudence strasbourgeoise<sup>57</sup>, et ce même lorsque les solutions sur le fond sont identiques<sup>58</sup>. Le droit au procès équitable en est un bon exemple, « désormais, la Cour de justice considère que seul doit être cité l'article 47 de la Charte, à l'exclusion de l'article 6 CEDH »<sup>59</sup>.

Cette autonomie grandissante a sûrement poussé la CEDH, en mars 2021, à renverser la présomption qu'elle avait instaurée. L'affaire *Bivolaru et Moldovan contre France*<sup>60</sup> est d'autant plus remarquable qu'elle concerne le droit

50. V. CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, spéc. § 152 à 158 ; CEDH, 21 janv. 2011, n° 30696/09, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, spéc. § 338 à 340 ; CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c. France*, préc., spéc. § 103.

51. La présomption de protection équivalente a d'ailleurs été maintenue et réaffirmée après que la CJUE a rendu l'avis 2/13. V. not. CEDH, 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotins c. Lettonie*.

52. CEDH, 25 mars 2021, n° 40324/16 et 12623/17, *Bivolaru et Moldovan c. France*, § 101.

53. F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2022, p. 903, n° 18.

54. En ce sens, v. L. Robert, « La présomption *Bosphorus* à l'épreuve du mandat d'arrêt européen », *RUE* 2021, p. 519.

55. CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, spéc. § 153, 154 et 156, *A/DA* 2015 p. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *D.* 2015, p. 75, obs. O. Tambou ; *RTD. eur.* 2014, p. 823, édito J.-P. Jacqué.

56. CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, préc., § 186 : « les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH ». Plus loin, § 194 : « Dans la mesure où la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union ».

57. V. not. CJUE, 9 nov. 2010, n° C-92/09, *Volker und Markus Schecke*. Pour la description du mouvement, v. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 100.

58. En ce sens, v. P. Ducoulombier, « Les relations entre Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne : un dialogue de sourds ? », *Civitas Europa* 2020, n° 45, p. 279.

59. S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, n° 276, citant en référence CJUE, 8 déc. 2011, n° C-186/10 et 6 nov. 2012, n° C-199/11. V. également, évoquant un « mouvement de délaissement de la Charte », c. Vial, « La méthode d'ajustement de la CJUE : quand indépendance rime avec équivalence », in C. Picheral et L. Coutron (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'UE et CEDH*, Bruylant, 2012, p. 93.

60. CEDH, 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, préc. V. not. D. Roets, « Mandat d'arrêt européen : la présomption de protection équivalente mis en échec par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC* 2021, p. 699.

pénal et l'État français. Dans cette affaire, l'État français devait exécuter un mandat d'arrêt européen émis par la Roumanie en lui remettant deux ressortissants roumains. Or, les deux personnes visées par le mandat d'arrêt européen invoquaient le risque de violation des articles 2 et 3 de la Convention, en raison des conditions de détention en Roumanie. La situation des deux requérants n'était pas identique, et c'est celle du premier, Monsieur Moldovan, qui mérite notre attention<sup>61</sup>. Le concernant, la Cour fait application de la présomption *Bosphorus*<sup>62</sup>. Mais elle admet ensuite, pour la première fois<sup>63</sup>, l'existence d'une « insuffisance manifeste » susceptible de renverser la présomption de protection équivalente. Selon elle, l'autorité judiciaire d'exécution française « disposait de bases factuelles suffisamment solides, provenant en particulier de sa propre jurisprudence (paragraphes 111, 122 et 123 ci-dessus), pour caractériser l'existence d'un risque réel que le requérant soit exposé à des traitements inhumains et dégradants en raison de ses conditions de détention en Roumanie ». Dès lors, elle ne pouvait « s'en remettre exclusivement aux déclarations des autorités roumaines »<sup>64</sup>. Coup de tonnerre : la Cour EDH a renversé la présomption, elle a admis une insuffisance manifeste alors que la mise en œuvre du droit de l'Union européenne était en cause.

Une telle décision laisse craindre la survenance de désaccords entre CJUE et CEDH quant à la garantie des principes pénaux. En d'autres termes, il n'est pas acquis que l'équilibre trouvé

puisse être maintenu. Quels seront alors demain les rapports entretenus par ces deux juridictions ?

## II. Second temps : les rapports de demain

Deux perspectives semblent envisageables. La première, assez sombre, réside dans une tension des rapports entre les deux juridictions européennes – de rapports pacifiés, on sombrerait dans des rapports conflictuels (A). La seconde perspective, plus enviable, est celle de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (B).

### A. Première perspective : le risque de tensions

La plus grande crainte résultant du dualisme juridictionnel est le risque de tensions, de désaccords, voire de conflits entre les deux juridictions européennes. Et il est vrai que des causes de désaccords existent.

D'abord, parce que « les missions des deux cours sont structurellement différentes »<sup>65</sup>. Alors que la Cour de Strasbourg œuvre uniquement à la protection des droits de l'homme, véritable « épine dorsale de l'ordre normatif européen »<sup>66</sup>, la Cour de justice fait prévaloir le bon fonctionnement de l'Union européenne<sup>67</sup>. Le juge de l'Union applique les droits fondamentaux, « pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté,

61. À l'égard du second, Monsieur Bivolaru, la présomption de trouve pas à s'appliquer, dès lors que la Cour de cassation a refusé le renvoi d'une question préjudicielle préalable. Une fois la présomption écartée, le contrôle de la Cour de Strasbourg redevient plus poussé. Et pour Monsieur Bivolaru, le dossier ne présentait pas suffisamment d'éléments attestant du risque de subir des conditions de détentions indignes, assimilables à des traitements inhumains et dégradants.

62. La présomption était bien applicable pour deux raisons : d'une part, l'État français ne disposait pas d'une marge de manœuvre lui permettant de s'écarter du droit de l'Union européenne, d'autre part, l'absence de question préjudicielle en l'espèce était justifiée.

63. En ce sens, L. Robert, « La présomption *Bosphorus* à l'épreuve du mandat d'arrêt européen », préc., et S. Platon, « La présomption *Bosphorus* après l'arrêt Bivolaru et Moldovan de la Cour européenne des droits de l'homme : un bouclier de papier ? », *RTDH* 2022, p. 91.

64. CEDH, 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, préc., n° 126.

65. C. Haguenu-Moizard, F. Gazin et J. Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, n° 58.

66. G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2002, p. 204.

67. V. notamment F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 91 et s. et S. U. Colella, « Dix ans de (in)cohérence jurisprudentielle entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme en matière de restrictions aux droits fondamentaux de la Charte : à l'impossible nul n'est tenu ? », in R. Tinière et C. Vial (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2020, p. 269.

l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »<sup>68</sup>. « Ce choix consistant à faire prévaloir l'objectif d'effectivité du droit de l'Union sur celui de protection des droits fondamentaux est révélateur du fait que, pour la Cour de justice, la norme fondamentale du droit de l'Union au sens kelsenien du terme, sa *grundnorm*, n'est pas la Charte des droits fondamentaux, mais les traités UE et TFUE en tant qu'ils définissent l'objet primordial de l'Union européenne, c'est-à-dire la construction d'un espace juridique intégré entre les États membres »<sup>69</sup>. Animée par ce « souci d'efficacité »<sup>70</sup>, la Cour de justice peut préférer le développement de l'espace de sécurité de liberté et de justice à la protection des principes du droit pénal. Pour y parvenir, il lui arrive « de donner une lecture sélective de la jurisprudence de Strasbourg. Elle retient parfois les aspects des arrêts qui l'arrangent et passe les autres sous silence »<sup>71</sup>.

D'ailleurs, malgré de nombreuses similitudes, les deux juridictions n'appliquent pas exactement les mêmes méthodes<sup>72</sup> : la Cour de justice

opte pour une motivation moins développée que la Cour européenne<sup>73</sup>, elle rechigne à s'inspirer de l'ensemble des sources de protection des droits de l'homme<sup>74</sup>, et elle ne publie pas d'opinions individuelles dissidentes.

Ces différences de sensibilité laissent place à des désaccords entre les juridictions européennes<sup>75</sup>.

Le droit pénal se révèle plutôt fécond en illustrations de ces désaccords potentiels<sup>76</sup>, dont le plus actuel est assurément celui qui subsiste autour de la notion d'« autorité judiciaire ». La notion d'autorité judiciaire, centrale en procédure pénale en ce qu'elle désigne une autorité à même de décider et de contrôler des privations de libertés, n'est effectivement pas comprise de la même manière à Strasbourg et à Luxembourg.

La Cour EDH considère que l'autorité judiciaire doit nécessairement présenter de fortes garanties d'indépendance, elle l'a souvent rappelé à l'égard du ministère public français<sup>77</sup>.

- 
68. CJUE, 26 févr. 2013, n° C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, § 60 et CJUE, 26 févr. 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, § 29. V. déjà avant, CJCE, 14 mai 1974, n° C-4/13, *Nold KG c. Commission*, § 14. Selon la Cour, les droits fondamentaux ne sont pas « des prérogatives absolues » et « dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits ». Le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont alors en cause.
69. L. Usunier, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD. civ.* 2014, p. 312.
70. Donnant des exemples du phénomène, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 556.
71. C. Haguenu-Moizard, F. Gazin et J. Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *loc. cit.*, citant en exemple le premier arrêt faisant référence à la Charte des droits fondamentaux, quant à l'interprétation de l'article 8 de la Convention sur le droit au respect de la vie familiale.
72. De très importants éléments sont tout de même communs quant à leurs méthodes d'interprétation, et notamment le recours à des notions autonomes, sur ce point, v. not. D. Simon, « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : je t'aime, moi non plus », *préc.*
73. La Cour de justice s'est néanmoins inspirée de la technique strasbourgeoise. Initialement, le juge de l'Union écrivait en attendus plus ou moins courts, formule qu'il abandonne avec l'arrêt CJCE, 4 oct. 1979, n° C-141/78, *France c. Royaume-Uni et Irlande du Nord*. Sur l'évolution du style de la Cour de justice, v. J. Rivero, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la CECA », *AFDI* 1958, p. 295 ; L. Coutron, « Style des arrêts de la cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD. eur.* 2009, p. 643.
74. Sur ce point, v. R. Tinière, « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protections des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de F. Sudre*, *op. cit.*, p. 781.
75. En ce sens, étudiant et illustrant ce risque, v. C. Haguenu-Moizard, F. Gazin et J. Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 58 et s.
76. Concernant le principe *ne bis in idem* notamment : avant l'arrêt CJUE, 26 févr. 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c. Fransson*, la Cour de justice n'adoptait pas une vision aussi protectrice du principe que la CEDH. Puis la CEDH a infléchi sa position (15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *A et B c. Norvège*), infléchissement que la CJUE a fini par suivre (CJUE, 20 mars 2018, n° C-537/16, C-596/16 et C-507/16). Sur cette évolution, v. not. L. Maulet, « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un "dialogue" contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2017, n° 109, p. 107.
77. Elle a constaté son absence d'indépendance, sous l'angle de l'article 5 § 3 de la Convention s'agissant du contrôle juridictionnel d'une privation de liberté, et donc au sens de cette seule disposition et des notions autonomes développées par sa jurisprudence à ce titre, v. CEDH, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev c. France* ; 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c. France* ; 27 juin 2013, n° 62736/09, *Vassiss c. France* ; 4 déc. 2014, n° 46696/10 et 54588/10, *Hassan et autres c. France* ; 4 déc. 2014, n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar c. France* ; 18 oct. 2018, n° 80018/12, *Thiam c. France*.

À l'inverse, la CJUE appréhende différemment la notion d'autorité judiciaire<sup>78</sup>. Elle a affirmé qu'en ce qui concerne l'émission de mandats d'arrêt européens, le parquet français était bien une autorité judiciaire répondant à l'exigence d'indépendance au sens du droit de l'UE<sup>79</sup>, dès lors qu'aucun ordre ni aucune instruction individuelle ne pouvaient lui être adressés<sup>80</sup>. Puis, saisie d'une décision d'enquête européenne, la Cour de justice a considéré que la notion d'autorité judiciaire devait être appréhendée « indépendamment du rapport de subordination légale qui pourrait exister entre ce procureur ou ce parquet et le pouvoir exécutif de cet État membre »<sup>81</sup>.

Ces différentes solutions, délicates à concilier, laissent penser que la notion d'autorité judiciaire est à « géométrie variable » dans le droit de l'Union européenne<sup>82</sup>. Il n'est pas certain qu'une telle variation de l'exigence d'indépendance propre à la notion d'autorité judiciaire soit compatible avec la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi le risque de désaccord n'est-il pas inexistant. Il doit cependant être modéré.

Il doit être modéré parce que les textes, et notamment l'article 53 de la Charte, ont vocation à empêcher les conflits et à imposer une convergence des jurisprudences. Et jusqu'à présent, les juridictions européennes sont parvenues, par le dialogue, à résoudre certains désaccords.

La délicate conciliation entre mandat d'arrêt européen et respect des droits fondamentaux l'illustre. Dans un premier temps, la Cour de justice a semblé faire prévaloir le principe de confiance mutuelle et l'efficacité du mandat d'arrêt européen, sur la protection des droits fondamentaux. Sa jurisprudence relative aux hypothèses de refus d'exécution des mandats d'arrêt européens – un refus conçu comme une exception « strictement interprétée »<sup>83</sup> – en témoigne. Par exemple, confrontée à une affaire dans laquelle la personne recherchée n'avait pas été entendue par les autorités judiciaires de l'État d'émission du mandat, elle a retenu que le mandat d'arrêt européen (MAE) devait tout de même être exécuté<sup>84</sup>. Les droits de la défense auraient pu inspirer une solution différente. De la même façon, alors que le délai maximal de 90 jours pour l'exécution du MAE était expiré, la CJUE a considéré que la remise en liberté automatique ne devait pas être décidée, sous peine de porter atteinte à « l'efficacité du système de remise instauré par la décision-cadre »<sup>85</sup>.

Puis, sa jurisprudence a évolué, faisant davantage de place à la préservation des principes pénaux. Désormais, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée, certes exceptionnellement, lorsque des conditions de détention indignes sont à craindre<sup>86</sup> ou lorsqu'il existe un risque de violation du droit à un procès équitable<sup>87</sup>. Cette évolution de la jurisprudence de la

78. Sur cette question, v. not. F. Benoit-Rohmer, « Chronique UE et droits fondamentaux – Accès à un tribunal impartial (art. 47 de la Charte) », *RTD eur.* 2020, p. 333.

79. CJUE, 12 déc. 2019, n° C-626/19 et C-566/19, *Openbaar Ministerie*, spéc., § 56 et s.

80. Raison pour laquelle le procureur allemand susceptible de recevoir ce type d'instructions individuelles ne peut émettre de mandat d'arrêt européen (v. CJUE, 27 mai 2019, n° C-508/18 et C-82/19, *OG et P*).

81. CJUE, 8 déc. 2020, n° C-584/19, *Procédure pénale c. A. e.a.*, § 75 : « l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 2, c), de la directive 2014/41 doivent être interprétés en ce sens que relève des notions d'"autorité judiciaire" et d'"autorité d'émission", au sens de ces dispositions, le procureur d'un État membre ou, plus généralement, le parquet d'un État membre, indépendamment du rapport de subordination légale qui pourrait exister entre ce procureur ou ce parquet et le pouvoir exécutif de cet État membre, et de l'exposition dudit procureur ou dudit parquet au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part de ce pouvoir dans le cadre de l'adoption d'une décision d'enquête européenne ».

82. V. not. A. Gogorza, « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variation sur une notion fondamentale », *Dr. pénal* 2021, doss. 3.

83. CJUE, 25 juill. 2018, n° C-216/18, *Minister for Justice and Equality*, § 41 ; 17 déc. 2020, n° C-354/20 et C-412/20, *Openbaar Ministerie*, § 37.

84. CJUE, 29 janv. 2013, n° C-396/11, *Radu*. V. P. Beauvais, « Chronique Droit pénal de l'Union européenne – La Cour de justice, le mandat d'arrêt et les droits fondamentaux constitutionnels et européens », *RTD eur.* 2013, n° 4, p. 812 et s., spéc. p. 817. L'auteur note en effet que l'avocat général invitait la Cour à défendre une position inverse.

85. CJUE, 16 juill. 2015, n° C-237/15, *Lanigan*, spéc. § 50.

86. De même, la Cour de Luxembourg a considéré que le risque de subir des conditions de détention indignes ne devait qu'exceptionnellement justifier le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. V. CJUE, 4 avril 2016, n° C-404/15, *Aronyasi et Clara-raru*, et 15 oct. 2019, n° C-128/18, *Dumitru-Tudor Dorobantu*.

87. CJUE, 22 févr. 2022, n° C-562/21 et C-563/21.



Cour de justice de l'Union européenne la rapproche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le conflit a été évité, et la solution la plus protectrice des principes pénaux a prévalu.

D'ailleurs, il n'est pas certain que les juridictions souhaitent entrer dans une ère de désaccords et de conflits. Preuve en est : les échanges directs entre les magistrats, par le biais des visites annuelles notamment<sup>88</sup>, n'ont jamais été interrompus. Surtout, il serait surprenant que les juridictions européennes s'engagent dans une « guerre des juges »<sup>89</sup>, à une époque de grande incertitude pour les organisations européennes – manifestations nationales de la volonté de sortir de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>90</sup>, *Brexit* et guerre en Ukraine. Elles devraient au contraire s'entendre pour renforcer la protection des droits fondamentaux, y compris des garanties pénales, au bénéfice de la population européenne. C'est d'ailleurs ce qui a motivé le projet d'adhésion de l'Union européenne à la

Convention européenne des droits de l'homme<sup>91</sup>. Une adhésion qui pourrait définitivement modifier les rapports entre les deux juridictions.

## **B. Deuxième perspective : l'adhésion**

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est envisagée depuis la fin des années 1970<sup>92</sup>. Elle est même prévue par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne<sup>93</sup>. Mais, la Cour de justice s'y est opposée à plusieurs reprises<sup>94</sup>, et plus fermement encore en 2014, dans l'avis 2/13. Entre autres arguments<sup>95</sup>, elle y évoque la crainte d'être « soumise à un contrôle externe ayant pour objet le respect des droits et des libertés [...] ». Selon elle, « l'Union et ses institutions, y compris la Cour, seraient soumises aux mécanismes de contrôle prévus par cette convention et, en particulier, aux décisions et aux arrêts de la Cour EDH »<sup>96</sup>. Or, « les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si

88. V. par exemple, l'intervention de K. Lenaerts, président de la CJUE lors de l'audience solennelle marquant l'ouverture de l'année judiciaire de la CEDH, le 26 janvier 2018, intitulée « La CEDH et la CJUE : créer des synergies en matière de protection des droits fondamentaux ».

Par ailleurs, la CJUE a rejoint le Réseau des cours supérieures (RCS) en qualité d'observatrice. La Cour de Strasbourg a pour sa part accepté une invitation à rejoindre le Réseau judiciaire de l'Union européenne (RJUE) en qualité d'observatrice.

89. L'expression était également celle du Président B. Genevois dans ses conclusions préc. : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ».

90. Décivant le mouvement, v. S. Hennette-Vauchez, « Un "Frexit" des droits de l'homme ? », *Délibérée* 2017/1, p. 59. La sortie, totale ou partielle, de la Convention européenne des droits de l'homme est défendue par le parti Les Républicains, et par le Rassemblement National notamment.

91. Le 2 mai 1979, la Commission a adressé au Conseil un mémorandum pour proposer l'adhésion à la CEDH (COM (79)210) : « Il n'est dès lors pas étonnant de voir s'exprimer aujourd'hui l'exigence que les compétences reconnues à La Communauté soient contrebalancées par son assujettissement formel à des droits fondamentaux clairs et bien définis. La Commission est d'avis que la meilleure façon de répondre à la nécessité du renforcement de la protection des droits fondamentaux, au niveau communautaire consiste, au stade actuel, à ce que la Communauté adhère formellement à la Convention européenne du 4 novembre 1950 sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée "Convention européenne des droits de l'homme" ou "CEDH"). »

92. Le Parlement a en effet voté une résolution le 16 novembre 1977, et la Commission présenté un mémorandum le 3 mai 1979 qui vont tous deux en ce sens. La Cour constitutionnelle allemande milite activement dans le sens d'une telle adhésion, afin que soit assurée une protection des droits fondamentaux satisfaisante dans l'ensemble de l'espace européen. Il en va de même du Parlement européen, qui pousse l'Union européenne vers l'adhésion.

93. Art. 6 TUE : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ».

94. V. déjà, CJCE, 7 juill. 1976, n° C-118/75, *Lynne Watson*, et surtout CJCE, 28 mars 1996, avis n° 2/94. La Cour considère alors que la communauté européenne n'a pas compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'Homme, une telle adhésion aurait une dimension constitutionnelle.

95. Elle invoque le fait que « l'Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État », que son statut d'organisation internationale empêcherait son adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme ou d'autres difficultés inhérentes à l'articulation des voies de recours (la saisine pour avis de la Cour européenne des droits de l'homme s'articulerait mal avec la question préjudicielle soulevée devant la Cour de Justice de l'Union), et à la répartition des responsabilités entre l'Union européenne et les États membres en cas de condamnation.

96. CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, préc., § 181.

un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH »<sup>97</sup>.

Malgré cet important coup d'arrêt, le processus n'est pas définitivement abandonné<sup>98</sup>. Au contraire, à la fin de l'année 2019, l'Union européenne a manifesté sa volonté de reprendre les négociations sur son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>99</sup>. Et depuis le processus d'adhésion suit son cours.

S'il parvient jusqu'à son terme, l'Union européenne sera membre de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, les interactions entre les deux juridictions seront mieux encadrées, textuellement organisées, et l'hypothèse d'un conflit presque définitivement écartée. Cependant, le rapport de force penchera

nettement en faveur de la Cour de Strasbourg quant à la garantie des principes pénaux. Selon le Professeur Frédérique Sudre, « L'adhésion projetée repose quasi mécaniquement sur une articulation verticale, de type hiérarchique, des rapports entre l'ordre juridique de l'UE et celui de la Convention. L'adhésion de l'Union à la Convention dessinerait une nouvelle architecture juridictionnelle telle que la CJUE, à l'instar des juridictions des États membres, serait soumise à l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits fondamentaux »<sup>100</sup>.

Alors, il ne serait plus question de rapports équilibrés, mais bien de rapports hiérarchisés entre Cour EDH et Cour de justice de l'Union européenne. Et, quant à la garantie des principes pénaux, l'interprétation de la juridiction de Strasbourg prévaudrait indiscutablement.

97. *Ibid.*, § 186. Elle souhaite notamment que la Cour EDH ne puisse se prononcer sur la validité des actes de droit de l'Union européenne avant qu'elle n'ait pu le faire elle-même. En effet, il se peut qu'aucune question préjudicielle ne soit soulevée par les juges internes, et que l'affaire soit portée devant la Cour de Strasbourg sans que la juridiction de l'Union européenne n'ait eu la possibilité de donner sa position.

98. J.-P. Jacqué, « Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, p. 27.

99. Un courrier du 31 octobre 2019, co-signé par le Président et le Premier Vice-Président de la Commission européenne, la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe a fait état de la volonté de reprendre le processus d'adhésion. Puis, le Comité directeur pour les droits de l'homme a proposé la continuation des négociations au sein d'un Groupe *ad hoc* composé des 47 États membres du Conseil de l'Europe et d'un représentant de l'Union européenne (« 47+1 »). Mme Tonje Meinich (Norvège) a été élue Présidente de ce Groupe *ad hoc*. Le 15 janvier 2020, les Délégués des Ministres ont approuvé la continuation du mandat occasionnel du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) afin de finaliser en priorité, en coopération avec les représentants de l'Union européenne dans le cadre d'un Groupe *ad hoc* 47+1 et sur la base des travaux déjà menés, les instruments juridiques établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (STE n° 5).

100. F. Sudre, L. Milano, H. Surrel et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 100.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### La référence faite aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne par la chambre criminelle de la Cour de cassation

**Haritini Matsopoulou**

Professeur à l'Université Paris-Saclay

**A**u lendemain de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ayant « bouleversé l'organisation et le fonctionnement de l'Union européenne », certaines voix se sont élevées pour souligner le changement du « champ normatif » et du « rôle de la Cour de justice de l'Union européenne »<sup>1</sup> dans la construction d'un nouveau droit pénal de l'Union européenne. Il faut bien reconnaître que, depuis quelques années, le mouvement d'eupéanisation du droit pénal ne cesse de s'intensifier sous l'influence marquée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>2</sup>. Certes, cette jurisprudence est loin de laisser indifférente celle de la chambre criminelle, qui en tient de plus en compte, comme en témoignent de nombreuses décisions rendues ces quatre dernières années. Cette prise en considération de la jurisprudence de la CJUE est davantage visible depuis la fin de l'année 2019,

grâce au nouveau mode de rédaction des décisions de la Cour de cassation et à la motivation en forme développée, ce qui rend plus compréhensibles les différentes évolutions jurisprudentielles. Cette nouvelle méthode de rédaction permet au lecteur d'avoir accès à des analyses détaillées des arrêts de la Cour de justice ayant servi de fondement exclusif à la solution adoptée par la chambre criminelle ou ayant justifié un revirement de sa jurisprudence. On remarquera que, dans certains arrêts, la Haute juridiction consacre une analyse détaillée aux évolutions de la jurisprudence de la CJUE et explique les adaptations auxquelles elle a été amenée à procéder conformément aux exigences de ces évolutions. Tel était, par exemple, le cas lorsqu'il s'agissait de faire application de la législation relative aux « travailleurs détachés »<sup>3</sup>, question qui sera abordée plus loin.

1. V. G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges, « Avant-propos », in *Le Droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de Législation comparée, 2021, p. 15.
2. D. Guérin et B. de Lamy, « Présentation générale », in *La Chambre criminelle de la Cour de cassation face aux droits européens*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2017, p. 7.
3. V. par ex., Crim., 17 mai 2022, n° T2185246.

Ces précisions données, l'étude des arrêts de la chambre criminelle rendus depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne permet de faire deux constatations principales. D'une part, les références de ces arrêts aux principes fondateurs du droit de l'Union européenne, tels qu'interprétés par la CJUE, sont de plus en plus fréquentes. Dans certaines hypothèses, l'application de ces principes a conduit la Haute juridiction à écarter les dispositions du droit interne, en affirmant clairement la primauté du droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la CJUE, et son effet direct sur la législation nationale. Une telle application a, par conséquent, entraîné la neutralisation, « la mise en sommeil »<sup>4</sup> ou la paralysie des lois pénales françaises applicables aux litiges, comme l'imposait « la doctrine de la Cour de justice de l'Union européenne », selon la formule employée par la chambre criminelle dans de nombreux arrêts. Ainsi, en se fondant sur l'interprétation de certains textes par la CJUE, tels que les articles 34 et 36 du TFUE (concernant l'interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres) ou sur les principes de libre établissement et de libre prestation de services (art. 49 et 56 TFUE), les hauts magistrats n'ont pas hésité à mettre à l'écart les réglementations nationales, jugées contraires au droit de l'Union européenne. Les effets de cette jurisprudence sont, notamment, visibles dans le domaine de la santé, en particulier en matière d'exercice illégal de la médecine<sup>5</sup> ou de médecine vétérinaire<sup>6</sup>, et de la législation sur les stupéfiants<sup>7</sup>. Après avoir visé les « principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire », la chambre criminelle affirme clairement qu'« il incombe au juge national, chargé d'appliquer les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale »<sup>8</sup>.

Une deuxième constatation concerne le nombre de saisines de la CJUE, par le mécanisme du renvoi préjudiciel, qui a sensiblement aug-

menté notamment depuis 2019. La chambre criminelle se montre de plus en plus favorable au renvoi de questions préjudicielles, tandis qu'elle censure des décisions de cours d'appel ayant laissé « sans réponse la demande de voir poser » de telles questions à la CJUE<sup>9</sup>.

On relèvera, en outre, que par certaines questions, la Haute juridiction n'hésite pas à soulever l'imprécision de critères adoptés par la jurisprudence constitutionnelle, qui, selon elle, répondraient difficilement aux exigences de clarté, de prévisibilité et de proportionnalité posées par la jurisprudence de la CJUE. En particulier, en matière de fraude fiscale, le Conseil constitutionnel a autorisé le cumul des sanctions fiscales et pénales pour les cas de fraude « les plus graves » et dans la limite du maximum « le plus élevé de l'une des sanctions encourues ». Par l'arrêt du 21 octobre 2020<sup>10</sup>, la chambre criminelle a adressé à la CJUE des questions préjudicielles demandant si ces deux conditions satisfont aux exigences résultant du droit de l'Union, dans une affaire de fraude à la TVA mettant en cause ce droit.

Ces questions ont récemment reçu une réponse de la part de la CJUE, qui, par son arrêt du 5 mai 2022 (1<sup>er</sup> ch., n° C-570/20), a estimé que « la limitation du cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale en cas de dissimulations frauduleuses ou d'omissions déclaratives en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) prévu par une réglementation nationale aux cas les plus graves » peut résulter « d'une jurisprudence établie interprétant, de manière restrictive, les dispositions légales définissant les conditions d'application de ce cumul ». En revanche, s'agissant du cumul des sanctions (sanction pécuniaire et peine privative de liberté), la réglementation nationale doit assurer, « par des règles claires et précises, le cas échéant telles qu'interprétées par les juridictions nationales, que l'ensemble des sanctions infligées n'excède pas la gravité de l'infraction constatée ». À vrai dire, cette décision est loin de fournir des précisions de nature à

4. B. Bouloc, *Droit pénal général*, 27<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, n° 116.

5. *Crim.*, 31 mars 2020, n° 19-85.121, *Rev. sc. crim.* 2020, p. 440, obs. B. Aubert.

6. *Crim.*, 5 nov. 2019, n° 18-80.554 et n° 18-82.989, *Rev. sc. crim.* 2020, p. 437, obs. B. Aubert.

7. *Crim.*, 23 juin 2021, n° 20-84.212.

8. *Crim.*, 31 mars 2020, précité.

9. *Crim.*, 17 déc. 2014, n° 13-86.686.

10. *Crim.*, 21 oct. 2020, n° 19-81.929.

faciliter la tâche du juge répressif. Certes, une intervention législative clarifiant les critères du cumul des sanctions fiscales et pénales est nécessaire. En attendant une éventuelle réforme, la chambre criminelle pourrait continuer à apprécier la condition de gravité posée par le Conseil constitutionnel, en tenant compte des critères que ce dernier a indiqués et en encadrant son champ d'application en fonction des circonstances des affaires soumises.

Ces réserves formulées, on est amené à reconnaître que le recours préjudiciel en interprétation constitue un instrument capital concourant à la suprématie du droit de l'Union européenne.

Il convient, dès lors, d'étudier, de manière détaillée, la jurisprudence de la chambre criminelle qui consacre la primauté du droit européen, tel qu'interprété par la CJUE (I). En-dehors de cette hypothèse, la Haute juridiction prend soin de se référer à la jurisprudence de la CJUE, dès lors que celle-ci fixe les conditions d'application du texte répressif régissant le litige (II). Enfin, la chambre criminelle vise, dans certaines décisions, des arrêts de la CJUE tendant à garantir les droits de la personne faisant l'objet d'un acte coercitif, tel que le mandat d'arrêt européen (III).

## I. Les décisions de la chambre criminelle reconnaissant la suprématie du droit européen sur le droit national

Si la reconnaissance de cette suprématie s'impose dans la majorité des cas (A), il existe des hypothèses où elle est discutable (B).

### A. Une reconnaissance imposée

Dès lors que la chambre criminelle a renvoyé une question préjudicielle à la CJUE, il lui appartient, bien évidemment, de suivre l'interprétation adoptée par la juridiction européenne non seulement dans le litige concret mais aussi lorsqu'il s'agit d'appliquer la même disposition à de nouvelles espèces.

Ainsi, conformément à la réponse donnée par la CJUE, dans son arrêt du 9 septembre 2021 (n° C-906/19)<sup>11</sup>, à la question préjudicielle posée par la chambre criminelle, celle-ci a décidé que

l'extension de compétence extraterritoriale prévue par l'article 689-12 du Code de procédure pénale, qui prévoit la possibilité de poursuivre toute personne, même de nationalité étrangère, ayant commis une infraction à la réglementation relative à la durée du temps de conduite et aux temps de repos dans un autre État membre de l'Union européenne, en application de l'article 19 § 2 du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006, ne permet pas aux autorités judiciaires françaises de juger une infraction au règlement (CEE) n° 3281/85 du Conseil du 20 décembre 1985 relatif aux appareils de contrôle (chronotachygraphes) dans le domaine des transports par route, dès lors que cette infraction a été commise par un ressortissant étranger à l'étranger<sup>12</sup>. En l'espèce, le délit de circulation sans insertion de carte dans le chronotachygraphe<sup>13</sup>, commis en Allemagne par un conducteur allemand, a été constaté sur le territoire national et poursuivi par les autorités françaises sur le fondement de l'article 689-12 du Code de procédure pénale. Toutefois, la décision rendue par la CJUE dans cette affaire, selon laquelle l'extension de compétence extraterritoriale ne concerne que les infractions au règlement (CE) n° 561/2006 du 15 mars 2006 et non celles visées par le règlement n° 3281/85 du 20 décembre 1985, faisait obstacle à toute poursuite et condamnation pour cette infraction. On soulignera ici que la CJUE a adopté une interprétation littérale, qui, selon elle, s'imposait en raison du principe de la légalité criminelle consacré par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Comme le professeur Fabien Rousseau l'a fait observer, la juridiction européenne « conforte [par cette décision] une nouvelle fois la promotion et l'étendue du principe de légalité criminelle en droit de l'Union européenne ainsi que son corollaire qu'est l'interprétation stricte de la loi pénale qui s'applique tant à l'égard des dispositions nationales transposant la législation européenne que des textes du droit de l'Union eux-mêmes »<sup>14</sup>. La chambre criminelle, prenant en considération cette interprétation, en a tiré toutes les conséquences et a

11. CJUE, 9 sept. 2021, n° C-906/19, *Europe* 2021, comm. n° 391, obs. L. Driguez.

12. *Crim.*, 1<sup>er</sup> févr. 2022, n° 18-83.384, *JCP G* 2022, n° 423, note F. Rousseau.

13. Ce délit est sanctionné par l'article L. 3315-5, al. 1<sup>er</sup>, du Code des transports.

14. Note F. Rousseau, préc.

casé sans renvoi la décision de condamnation des juges du fond, qui avaient estimé que l'extension de compétence extraterritoriale concernait également les infractions au règlement (CEE) n° 3281/85 du 20 décembre 1985.

De même, dans une affaire relevant du droit douanier, la chambre criminelle, tenant compte de la réponse de la CJUE, dans son arrêt 7 août 2018 (*X... e.a.*, n° C-115/17), à une question préjudicielle qu'elle lui avait adressée<sup>15</sup>, à propos de l'interprétation de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a censuré la décision d'une cour d'appel qui ne s'est pas conformée à cette réponse. En particulier, pour relaxer les prévenus poursuivis pour de fausses déclarations leur permettant d'obtenir des restitutions à l'exportation de quartiers de bœufs, la cour d'appel avait relevé que le règlement (CEE) n° 1964/82 du 20 juillet 1982 arrêtant les conditions d'octroi des restitutions particulières à l'exportation pour certaines viandes bovines, applicable au moment des faits, avait été modifié puis abrogé par le règlement (CE) n° 1359/2007 du 21 novembre 2007 instituant des dispositions moins sévères qui devaient recevoir application en l'espèce, en vertu du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce. Loin de partager un tel raisonnement, la chambre criminelle a affirmé qu'il résulte des articles 112-1 du Code pénal et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel qu'interprété par la CJUE, que le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce ne trouve pas à s'appliquer lorsque les poursuites ont été engagées à raison d'un comportement qui reste incriminé et que les peines encourues n'ont pas été modifiées dans un sens moins sévère<sup>16</sup>. C'est qu'en effet, selon l'arrêt de la CJUE du 7 août 2018 précité, le choix du législateur européen de modifier les critères d'éligibilité aux restitutions de marchandises s'était fondé sur une appréciation économique de la situation du marché de la viande et ne visait pas à remettre en question la qualification pénale ou l'appréciation, par les autorités nationales, de la peine à appliquer à des comportements ayant pour effet d'obtenir indûment des

restitutions particulières à l'exportation. Pour la CJUE, l'application de la loi pénale plus favorable implique nécessairement une succession de lois dans le temps et repose sur la constatation que le législateur a changé d'avis soit sur la qualification pénale des faits soit sur la peine à appliquer à une infraction. Or, tel n'était pas le cas du législateur français, le texte, support de l'incrimination, n'ayant pas été modifié. Par conséquent, les dispositions nouvelles, bien qu'issues d'une norme communautaire, ne pouvaient s'appliquer aux infractions commises avant leur entrée en vigueur.

En outre, la réponse apportée par la CJUE à une question préjudicielle posée par un autre État membre est constamment prise en considération par la chambre criminelle statuant sur des affaires analogues. On en voudra pour preuve les arrêts des 7 juin<sup>17</sup> et 12 décembre 2017<sup>18</sup>. La question qui s'était posée était celle de savoir si l'acquisition postérieure du statut de citoyen de l'Union européenne par des ressortissants bulgares et roumains avait une incidence sur les éléments constitutifs du délit d'emploi d'étrangers non munis d'autorisation de travail, qui étaient réunis antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2014, date de la levée de la totalité des restrictions à l'accès au marché du travail pour lesdits ressortissants. Dans les deux affaires, la Haute juridiction n'a fait qu'appliquer la solution adoptée par la CJUE, dans son arrêt du 6 octobre 2016 (n° C-218/15), à propos de l'infraction en matière d'aide à l'immigration illégale. En particulier, elle a affirmé que l'acquisition de citoyenneté de l'Union « constitue une situation de fait, étrangère auxdits éléments constitutifs de ces infractions ». En reproduisant les passages de l'arrêt de la CJUE de 2016 précité (§ 32), les hauts magistrats ont souligné que toute autre interprétation « aurait pour conséquence d'encourager le trafic de main d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un État ayant engagé le processus d'adhésion à l'Union », ce qui « serait contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union ».

Enfin, la chambre criminelle, s'appuyant sur l'interprétation donnée par la CJUE à un texte

15. *Crim.*, 23 nov. 2016, n° 15-82.333.

16. *Crim.*, 16 janv. 2019, n° 15-82.333.

17. *Crim.*, 7 juin 2017, n° 15-87.214.

18. *Crim.*, 12 déc. 2017, n° 16-87.230.

européen, tel que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, n'hésite pas à écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît le premier. Ainsi, en se référant à l'arrêt de la CJUE du 27 octobre 2016 (*Audace e.a.*, C-114/15)<sup>19</sup>, elle a approuvé la décision des juges du fond ayant relaxé des éleveurs poursuivis pour importation parallèle de médicaments vétérinaires de l'Espagne vers la France pour les besoins de leurs propres élevages, car les prévenus n'étaient pas tenus, en présence d'une réglementation non conforme aux articles 34 et 36 du TFUE, tels qu'interprétés par la CJUE, de solliciter une autorisation administrative préalable pour l'importation de tels médicaments<sup>20</sup>. Il est à noter qu'un décret n° 2018-454 du 5 juin 2018 a mis le droit français en conformité avec les directives européennes (art. R. 5141-123-6 CSP).

Mais, en dehors de ces hypothèses où la consécration de la primauté du droit européen est indiscutable, il en existe d'autres qui suscitent des réserves.

### B. Une reconnaissance discutée

S'agissant de la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée, on a pu se demander si la jurisprudence nationale, qui affirmait que l'article 121-1 du Code pénal, qui consacre le principe de la responsabilité pénale

personnelle, s'opposait à une telle transmission<sup>21</sup>, ne devait pas évoluer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. On doit rappeler ici que, saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des dispositions de l'article 19 § 1 de la troisième directive n° 78/855/CEE du 9 octobre 1978<sup>22</sup> (désormais codifiées à l'article 105 § 1 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés), la CJUE a estimé, par un arrêt du 5 mars 2015<sup>23</sup>, qu'« une fusion par absorption » entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion, pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion.

La Chambre criminelle a clairement confirmé, par un arrêt du 25 octobre 2016<sup>24</sup>, la prééminence du principe de la responsabilité pénale personnelle, conformément aux exigences posées aussi bien par la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>25</sup> que par celle de la Cour EDH<sup>26</sup>. Pour ce faire, la Haute juridiction a invoqué deux raisons principales. D'une part, elle a considéré que la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 précitée, tel qu'interprétée par la CJUE, « est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers ». Plus précisément, pour exclure l'application de cette direc-

19. Par cette décision, la CJUE a dit pour droit que les articles 34 et 36 du TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui réserve l'accès aux importations parallèles de médicaments vétérinaires aux distributeurs en gros titulaires de l'autorisation prévue à l'article 65 de la directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 596/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, et qui, par conséquent, exclut de l'accès à de telles importations les éleveurs désirant importer des médicaments vétérinaires pour les besoins de leurs propres élevages.

20. Crim., 5 nov. 2019, n° 18-80.554 et n° 18-82.989, *Rev. sc. crim.* 2020, p. 437, obs. B. Aubert.

21. Crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, *Bull. crim.* n° 237, D. 2001, p. 853, note H. Matsopoulou; D. 2001, somm. p. 1608, obs. E. Fortis et A. Reygrobellet; *RSC* 2001, p. 153, obs. B. Bouloc; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 39, note C. Mascala; *Rev. Sociétés* 2001, p. 851, note I. Urbain-Parléani; *RJDA* 2000/12, p. 871, n° 1096; *LPA* 2001, n° 51, p. 19, note Coffy de Boisdeffre. V. aussi : Crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376, *Bull. crim.* n° 189, D. 2004, 319, obs. G. Roujou de Boubée; *Rev. Sociétés* 2004, p. 161, note B. Bouloc; *RSC* 2004, p. 339, obs. E. Fortis; *RTD com.* 2004, p. 380, obs. B. Bouloc; Crim., 3 nov. 2011, n° 10-87.945.

22. Selon ce texte, une fusion par absorption entraîne *ipso jure* la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante.

23. CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SAI/Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)*, n° C-343/13, D. 2015, p. 735; *ibid.* p. 1506, obs. C. Mascala; *Dr. pénal* 2015, comm. n° 74, obs. G. Notté; *RTD civ.* 2015, p. 388, obs. H. Barbier; *JCP E* 2015, n° 1234, note F. Barrière; *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 200, note A. Couret; *Dr. sociétés* 2015, n° 89, obs. M. Roussille; *RLDA*, mai 2015, p. 10, note A. Reygrobellet; *Rev. sociétés* 2015, p. 677, note B. Lecourt. V. aussi : H. Le Nabasque, « Personnalité des délits et des peines et fusions », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 393; C. Soulard, « Transfert de la responsabilité pénale d'une société absorbée par voie de fusion », *RJDA* 7/15, p. 491.

24. Crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366, *Bull. crim.* n° 275, *Rev. sociétés* 2017, p. 234, note H. Matsopoulou.

25. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, consid. n° 7; Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, cons. 3.

26. CEDH, 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse*, n° 20919/92.

tive, elle s'est fondée sur la jurisprudence de la CJCE ayant précisé que, « dans le contexte spécifique d'une situation où une directive est invoquée à l'encontre d'un particulier par les autorités d'un État membre dans le cadre de procédures pénales », ladite « directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »<sup>27</sup>. L'application de cette jurisprudence<sup>28</sup> permettait donc, en l'espèce, d'écarter la solution adoptée par la CJUE, qui autorisait la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des infractions commises par la société absorbée.

Mais, une telle position a été sérieusement remise en cause, par un arrêt du 25 novembre 2020<sup>29</sup>, par lequel la chambre criminelle a opéré un revirement important, en posant la nouvelle règle du transfert de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante, si certaines conditions sont réunies.

Parmi les différentes raisons invoquées à l'appui de ce revirement, la chambre criminelle a invoqué la nécessité d'interpréter l'article 121-1 du Code pénal conformément au droit de l'Union européenne. Ainsi, a-t-elle énoncé que « dès lors que la nouvelle interprétation de l'article 121-1 du code pénal est possible, elle devient nécessaire si elle est la seule à même, en l'état du droit interne, de permettre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015, précité ». Certes, la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux « traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés » impose au juge national « d'assurer le plein

effet » des normes européennes, « en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale »<sup>30</sup>. Les hauts magistrats ont donc rappelé le principe de primauté du droit de l'Union européenne, qui oblige les juridictions nationales à « interpréter le droit interne dans un sens conforme au droit de l'Union, sous la seule réserve que cette interprétation ne les conduise pas à faire produire aux dispositions d'une directive un effet direct à l'encontre des particuliers »<sup>31</sup>. Mais, pour la chambre criminelle, « cette limite est respectée lorsque le texte national peut être interprété dans le sens de la directive, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'écarter pour donner son plein effet à cette dernière ».

Il en résulte donc que, contrairement à la solution adoptée par l'arrêt du 25 octobre 2016 précité, la chambre criminelle a affirmé, par l'arrêt du 25 novembre 2020, la primauté du droit de l'Union européenne<sup>32</sup>, tel qu'interprété par la CJUE, en sacrifiant le principe à valeur constitutionnelle de la responsabilité pénale personnelle. À vrai dire, bien que la Cour de justice pose le principe de primauté du droit de l'Union européenne<sup>33</sup> sur les normes constitutionnelles<sup>34</sup> des États membres, il demeure que les blocs de conventionnalité et de constitutionnalité sont distincts et indépendants l'un de l'autre. Cela signifie que les juridictions nationales pourraient faire prévaloir les principes de la responsabilité pénale personnelle et de la personnalité des peines, qui relèvent du bloc de constitutionnalité, sur les normes européennes. Faudrait-il encore rappeler ici que l'article 62, al. 3, de la Constitution impose clairement aux juridictions nationales de respecter les décisions du Conseil constitutionnel ? Ainsi, le Conseil d'État

27. CJCE, 8 oct. 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, n° C-80/86, Rec. p. 3969, § 13 ; CJCE, 7 janv. 2004, X, n° C-60/02, Rec. p. I-651, § 61 ; CJCE, gr. ch., 3 mai 2005, *S. Berlusconi et autres*, n° C-387/02, C-391/02 et C-403/02, § 74.

28. V. aussi : Crim., 3 févr. 2016, n° 14-85.198, *Bull. crim.* n° 28 (le même principe a été affirmé sur le fondement de l'article 288 du TFUE).

29. Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, *JCP G* 2021, n° 27, étude J.-Ch. Saint-Pau ; *ibid.*, n° 17, note D. Rebut ; *Rev. sc. crim.* 2021, p. 69, obs. P. Beauvais ; *Rev. sociétés* 2021, p. 115, note H. Matsopoulou. V. aussi : B. Bouloc, « Un revirement jurisprudentiel inattendu à propos d'une fusion-absorption », *Rev. sociétés* 2021, p. 79 ; v. aussi : Crim., 13 avril 2022, n° 21-80.653.

30. En ce sens, v. Crim., 31 mars 2020, n° 19-85.121, *Rev. sc. crim.* 2020, p. 440, obs. B. Aubert.

31. CJUE, 26 sept. 1993, *Arcaro*, n° C-168/95 ; CJCE, gr. ch., 3 mai 2005, *S. Berlusconi et autres*, n° C-387/02, C-391/02 et C-403/02, § 74.

32. V. aussi : Crim., 13 avril 2022, n° 21-80.653.

33. CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmmentahl*, n° C-106/77, Rec. 1978, p. 629.

34. CJCE, 11 janv. 2000, *Tanja Kreil*, n° C-285/98, Rec. p. 69 ; CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil (Mme) c. Bundesrepublik Deutschland*, n° C-285/98, D. 2000. 192, obs. J. Rideau ; *AJDA* 2000, p. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *RFDA* 2000, p. 342, ét. A. Haquet.



a-t-il déclaré que « la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »<sup>35</sup>.

Au surplus, l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indique qu'aucune disposition de ladite Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus « par les constitutions des États membres ».

Mais, si cette jurisprudence suscite de sérieuses réserves, il n'en est pas de même de celle qui puise dans les arrêts de la CJUE les critères d'interprétation des textes répressifs applicables au litige.

## II. La référence aux arrêts de la CJUE fixant les conditions d'application des textes répressifs

C'est, notamment, dans le domaine du droit social que la jurisprudence de la CJUE a influencé, de manière déterminante, celle de la chambre criminelle et lui a imposé les conditions d'application de certains textes tendant à réprimer des infractions au droit du travail ou au Code de la sécurité sociale.

Plus précisément, le problème consistait à savoir quelle force probante devait attacher le juge pénal aux certificats E101, devenus formulaires A1, prévus par le règlement n° 1408/71 modifié du 14 juin 1971. On rappellera que ces documents sont délivrés aux salariés d'un État membre de l'Union européenne détachés dans un autre État pour attester qu'ils sont soumis à la législation de sécurité sociale de leur pays d'origine. C'est qu'en effet, afin de favoriser la libre circulation des travailleurs, les règles de coordination des régimes de sécurité sociale issues du droit de l'Union ont consacré le principe de l'uni-

cité d'affiliation, selon lequel le travailleur détaché est soumis à un seul régime de sécurité sociale, ce qui fait obstacle au « risque d'une double cotisation »<sup>36</sup>.

Selon la jurisprudence constante de la CJUE, les certificats délivrés par l'institution compétente d'un État membre créent une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale de cet État et s'imposent à l'institution compétente et aux juridictions de l'État membre dans lequel ce travailleur effectue un travail<sup>37</sup>. Et il en est ainsi même lorsqu'il est constaté par ces dernières que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans les cas prévus par le droit communautaire autorisant leur délivrance<sup>38</sup>. Cette solution se fonde sur « les principes de coopération loyale et de confiance mutuelle », qui régissent le droit de l'Union européenne, tendant à assurer les objectifs de libre circulation des travailleurs et de liberté de prestation de services.

Ces précisions données, l'effet juridique reconnu à ces certificats ne peut, selon la CJUE, être écarté qu'au terme d'une procédure instituée par l'article 84 bis du règlement 1408/71 du 14 juin 1971, selon laquelle il faut demander à l'institution émettrice du certificat de le retirer et, à défaut de réponse dans un délai raisonnable, saisir la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, prévue à l'article 80 § 1, dudit règlement.

La CJUE a toutefois assoupli sa jurisprudence, en permettant au juge national d'écarter les certificats en cause en cas de fraude avérée<sup>39</sup> et d'absence de coopération de l'autorité émettrice<sup>40</sup>. Plus précisément, lorsque l'institution de l'État membre dans lequel les travailleurs ont été détachés a saisi l'institution émettrice des certificats d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci à la lumière des éléments recueillis dans le cadre d'une enquête judiciaire ayant permis de

35. V. CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286 et n° 200287, Sarran, *RFDA* 1999, p. 57, obs. L. Dubouis; CE, 3 déc. 2001, n° 226514. V. aussi : Ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Bull. ass. plén.*, n° 4, D. 2000, p. 965, note B. Mathieu et M. Verpeaux; *JCP G* 2001, II, n° 10453, note A.-C. de Foucauld.

36. R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social*, 6<sup>e</sup> éd., Economica, 2021, n° 632-1, p. 454.

37. CJCE, 10 févr. 2000, *FTS*, n° C-202/97; CJCE, 5<sup>e</sup> ch., 30 mars 2000, *Banks e.a. c. Théâtre royal de la Monnaie*, n° C-178/97.

38. CJUE, 1<sup>er</sup> ch., 27 avr. 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH*, n° C-620/15, *Europe* 2017, comm. n° 227, note L. Driguez.

39. Selon la CJUE, la fraude est constituée, dans son élément objectif, par l'absence de respect des conditions requises pour obtenir un certificat A1 et, dans son élément subjectif, par l'intention de la personne poursuivie de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat pour obtenir l'avantage qui y est attaché.

40. CJUE, 6 févr. 2018, *Ömer Altun c. Openbaar Ministerie*, n° C-359/16.

constater qu'ils ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse, et que l'institution émettrice s'est abstenue de prendre en considération ces éléments aux fins du réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats, le juge national peut, dans le cadre d'une procédure diligentée contre des personnes soupçonnées d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de tels certificats, écarter ces derniers si, sur la base de ces éléments, il constate l'existence d'une telle fraude.

Puis, par un arrêt postérieur du 2 avril 2020 (*Vueling Airlines SA*, n° C-370/17 et C-37/18), la juridiction européenne a fermement imposé au juge pénal de mettre en œuvre tous les moyens de droit à sa disposition afin d'assurer que l'institution compétente de l'État membre d'accueil enclenche la procédure prévue à l'article 84 bis, § 3, du règlement n° 1408/71 précité. Ce n'est qu'après avoir constaté que l'institution émettrice s'est abstenue de procéder au réexamen des certificats litigieux et de prendre décision, dans un délai raisonnable, sur les éléments qui lui étaient présentés, qu'il peut se prononcer de manière définitive sur l'existence d'une fraude et écarter ces certificats.

Telles étant les grandes lignes de la jurisprudence la CJUE, on peut se demander quelle est son incidence sur la jurisprudence nationale.

On pourra d'abord relever que la chambre criminelle, statuant sur des délits de travail dissimulé par dissimulation d'activité imputés à des sociétés étrangères de transports aériens, a, dans un premier temps, refusé toute valeur probante aux certificats d'affiliation, en approuvant des décisions de cours d'appel qui avaient écarté la présomption de la validité des détachements des salariés en cause<sup>41</sup>.

Mais, à la suite d'un arrêt de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2017<sup>42</sup>, imposant la reconnaissance de la valeur probante des certificats délivrés aux travailleurs détachés et le respect des conditions fixées par la CJUE, la chambre criminelle a opéré un revirement, en alignant sa juris-

prudence sur celle du droit de l'Union européenne. Par quatre arrêts du 18 septembre 2018<sup>43</sup>, elle n'a pas hésité à censurer des arrêts de condamnation notamment pour le délit de travail dissimulé, qui n'avaient pas recherché si l'institution émettrice des certificats litigieux avait été saisie d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci.

Quelques mois plus tard, dans le cadre d'une procédure où les poursuites pour travail dissimulé n'avaient pas seulement été engagées pour défaut de déclarations aux organismes de protection sociale, mais également pour défaut de déclaration préalable à l'embauche, la chambre criminelle a transmis à la CJUE une question préjudicielle relative à l'incidence des certificats A1 sur l'obligation de déclaration préalable à l'embauche et sur la portée de ces certificats sur l'application aux travailleurs détachés de la législation de l'État membre d'accueil en matière de droit du travail<sup>44</sup>. En l'espèce, la déclaration préalable à l'embauche, rendue obligatoire par l'article L. 122-10 du Code du travail, n'avait pas été souscrite par les employeurs des salariés détachés. Le problème consistait donc à savoir s'ils s'étaient, en raison d'une telle omission, rendus coupables de travail illégal par dissimulation d'emploi (art. L. 8221-1, 1° et L. 8221-5, 1° C. trav.).

La CJUE a répondu à cette question, par un arrêt du 14 mai 2020<sup>45</sup>, en affirmant que les formulaires de détachement, dits certificats E101 et A1, s'imposaient aux juridictions de l'État sur le territoire duquel les travailleurs exercent leurs activités « uniquement en matière de sécurité sociale ». En revanche, ces certificats « ne produisent pas d'effet contraignant à l'égard des obligations imposées par le droit national dans les matières autres que la sécurité sociale, [...] telles que, notamment, celles relatives à la relation de travail entre employeurs et travailleurs, en particulier, les conditions d'emploi et de travail de ces derniers ». Il en résulte donc que si les poursuites sont fondées sur la violation d'autres

41. Crim., 11 mars 2014, n° 11-88.420 et 12-81.461, *D.* 2014, p. 1816, note A. Lyon-Caen; v. aussi : Crim., 28 nov. 2017, n° 15-80.896 (à propos de prétendus contrats de sous-traitance).

42. Ass. plén., 22 déc. 2017, n° 13-25.467.

43. Crim., 18 sept. 2018, n° 13-88.631, n° 13-88.632, n° 15-81.316 et n° 15-80.735, *AJ pénal* 2018, p. 581, note F. Chopin.

44. Crim., 8 janv. 2019, n° 17-82.553.

45. CJUE, 14 mai 2020, *Bouygues travaux publics*, n° C-17/19, *JCP S* 2020, n° 2050, note R. Salomon; *D.* 2020, p. 1523, note J. Icard.

dispositions du droit du travail, les juges nationaux doivent appliquer le droit national, sans prendre en considération les certificats en cause. S'agissant de la portée de la déclaration préalable à l'embauche, la CJUE a précisé qu'il incombe à la juridiction de renvoi, et donc en l'espèce à la chambre criminelle, de déterminer si cette obligation déclarative a pour unique objet d'assurer l'affiliation des travailleurs concernés à l'une ou à l'autre branche du régime de sécurité sociale ou si elle « vise également, fût-ce en partie, à garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail ».

Il appartenait donc à la chambre criminelle de démontrer que la déclaration préalable à l'embauche avait d'autres finalités que l'affiliation des travailleurs à un régime de sécurité sociale. La Haute juridiction s'est donc livrée à une telle démonstration, dans l'arrêt du 12 janvier 2021<sup>46</sup>, en remontant jusqu'à la création de cette obligation par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, pour en conclure qu'elle tend à lutter contre le travail dissimulé et à assurer l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes. Par conséquent, elle a retenu le délit de travail dissimulé à l'encontre des sociétés poursuivies, ayant employé des salariés sans souscrire la déclaration préalable à l'embauche, l'existence des certificats E101 ou A1 ne faisant pas obstacle à une telle condamnation.

Une jurisprudence postérieure<sup>47</sup> a confirmé la même solution, en déclarant que la production de certificats E101 ou A1 pour certains ou tous les salariés concernés n'était pas de nature à interdire à une juridiction d'entrer en voie de condamnation du chef de travail dissimulée pour

le défaut d'enregistrement au registre du commerce et des sociétés d'une société étrangère, tenue à une telle obligation<sup>48</sup>, et pour le défaut de déclaration préalable à l'embauche<sup>49</sup>.

Mais, en dehors du domaine du droit social, la jurisprudence de la CJUE a servi de guide à la chambre criminelle en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Ainsi, en se fondant sur les articles 34 et 36 du TFUE, tels qu'interprétés par la CJUE dans son arrêt du 19 novembre 2020 (*BS et CA*, n° C-663/18), la Haute juridiction a-t-elle estimé que ces textes s'opposent à une réglementation nationale interdisant la commercialisation du cannabidiol légalement produit dans un autre État membre, à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint<sup>50</sup>.

En outre, en se référant à la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, telle qu'interprétée par la CJUE dans son arrêt du 19 octobre 2017 (*Europamur Alimentation SA*, n° C-295/16, § 28), la chambre criminelle a déclaré que n'entrent dans le champ d'application de ladite directive que les pratiques qui portent directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, de sorte qu'elle ne s'applique pas aux transactions entre professionnels<sup>51</sup>.

Enfin, la Haute juridiction a affirmé, au visa des articles 49 et 56 du TFUE, tels qu'interprétés par la CJUE<sup>52</sup>, qu'il y avait lieu de revenir sur sa jurisprudence antérieure<sup>53</sup> et de considérer que l'interdiction de l'épilation à la lumière pulsée par des personnes autres que des médecins était

46. Crim., 12 janv. 2021, n° 17-82.553, *Dr. pénal* 2021, n° 52, note J.-H. Robert; v. aussi : Crim., 12 janv. 2021, n° 18-86.757 et n° 18-86.709 (en cas de condamnation pour travail illégal d'un employeur ayant utilisé les services de salariés détachés étrangers, l'URSSAF est irrecevable à se constituer partie civile si ces travailleurs détiennent le certificat E101 ou A1, dont la validité n'a pas été contestée dans le respect du cadre fixé par la jurisprudence de la CJUE).

47. Crim., 2 mars 2021, n° 19-80.991.

48. Bien que la société en cause soit déjà enregistrée dans un autre État membre de l'Union européenne, elle est obligée de respecter cette formalité, imposée par les dispositions des articles L. 123-1, I, 3°, L. 123-11 et R. 123-35 du Code de commerce, dès lors qu'elle ouvre un premier établissement dans un département français, c'est-à-dire lorsqu'elle y établit une agence, une succursale ou une représentation.

49. V. aussi : Crim., 17 mai 2022, n° T2185246.

50. Crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212.

51. Crim., 16 janv. 2018, n° 16-83.45.

52. V. notamment : CJUE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes et autres*, n° C-171/07 et C-172/07.

53. Crim., 29 janv. 2019, n° 16-85.746.

contraire aux articles précités<sup>54</sup>, garantissant la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Ce faisant, elle s'est alignée sur la solution adoptée par le Conseil d'État, dans un arrêt du 8 novembre 2019<sup>55</sup>, ayant annulé l'article 2, 5° de l'arrêté du 6 janvier 1962 qui avait servi de base aux poursuites pénales.

Ces précisions données, les normes européennes ne concernent pas uniquement le droit pénal de fond; elles visent aussi à protéger les droits de la personne faisant l'objet de certains actes coercitifs.

### III. La référence aux arrêts de la CJUE tendant à garantir les droits de la personne visée par un acte coercitif

On peut d'abord relever que la chambre criminelle a été amenée à se référer à des arrêts de la CJUE dans le cadre de son pouvoir de contrôle exercé sur la motivation des décisions de chambres de l'instruction, ayant autorisé la remise de personnes de nationalité étrangère en exécution d'un mandat d'arrêt européen.

Ainsi, dans deux affaires où des requérants contestaient l'indépendance de l'autorité judiciaire ayant émis de tels mandats, la Haute juridiction a pris soin de vérifier si les critères adoptés par la CJUE dans son interprétation de l'article 6 § 1 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, ont été respectés. En particulier, dans l'une des affaires, pour autoriser la remise de la personne réclamée aux autorités judiciaires croates, l'arrêt de la chambre de l'instruction avait énoncé qu'une organisation hiérarchique des membres d'un parquet indépendant n'empêche pas ceux-ci d'être des autorités judiciaires au sens de la jurisprudence de la CJUE, pourvu que le procureur au sommet de cette hiérarchie ne soit pas lui-même soumis à des ordres individuels de la part du pouvoir exécutif. Les juges avaient ajouté qu'il résultait d'une note du procureur général de la République de Croatie que l'article 125 (1) de la Constitution de

cet État prévoit que ledit procureur général a un statut autonome et indépendant. Dans ces conditions, ils en avaient déduit que le parquet croate était une autorité judiciaire compétente pour émettre un mandat d'arrêt européen. Cette décision a été approuvée par la chambre criminelle<sup>56</sup>, ayant affirmé qu'en l'état de ces énonciations, elle était en mesure de s'assurer que le procureur général, qui avait émis le mandat d'arrêt européen, était une autorité judiciaire, au sens de l'article 6 § 1 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, tel qu'interprété par les arrêts de la CJUE (n° C-508/18, C-82/19, C-509/18, C-566/19 et C-626/19). On rappellera que pour cette dernière, relèvent de la notion d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de l'article précité, les magistrats du parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen.

Quant à la seconde affaire, l'intéressé contestait l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen, en faisant valoir que le juge du tribunal de Hanovre avait émis le mandat d'arrêt européen portant sur les mêmes faits, sous l'influence du parquet à l'origine d'un premier mandat, dont l'irrégularité avait été soulevée sur le fondement d'une décision de la CJUE du 27 mai 2019, laquelle avait dénié aux parquets allemands toute qualité « d'autorité judiciaire d'émission ». Cet argument avait toutefois été écarté par la chambre de l'instruction qui avait, notamment, relevé que la conformité de ce second mandat aux exigences de la CJUE quant à l'identification de son auteur, magistrat du siège allemand, n'était pas douteuse, et que l'ordre d'incarcération du requérant était bien fondé sur ce mandat d'arrêt. Pour sa part, la chambre criminelle a justifié la décision de la juridiction du second degré, en estimant que « le second man-

54. Crim., 31 mars 2020, n° 19-85.121, *Rev. sc. crim.* 2020, p. 440, obs. B. Aubert. V. toutefois : Crim., 10 mai 2022, n° 21-83.522 (à propos d'un acte de physiothérapie par cryothérapie réservé aux docteurs en médecine; une telle restriction a été jugée nécessaire et proportionnée à la poursuite d'un intérêt impérieux de protection de la santé publique, justifiée par les dangers particuliers liés à l'usage de ce procédé, si bien qu'elle ne méconnaissait pas les articles 49 et 56 du TFUE, tels qu'interprétés par la CJUE).

55. CE, 8 nov. 2019, n° 424954.

56. Crim., 7 janv. 2020, n° 19-87.741.

dat d'arrêt européen émis par un juge du tribunal de Hanovre, même s'il a[va]it été pris après et sur les mêmes faits qu'un premier mandat émis antérieurement par le parquet de Hanovre, éman[ait] d'une autorité judiciaire au sens de l'article 6 § 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002 telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, interprétée à la lumière des arrêts de la CJUE (n° C-508/18 et C-82/19) en ce que le juge n'[était] pas exposé au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieures, notamment de la part du pouvoir exécutif »<sup>57</sup>.

Ces décisions doivent se rapprocher de celle du 9 juin 2021<sup>58</sup>, par laquelle la chambre criminelle a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité tendant à contester les dispositions des articles 230-32 et 230-33 du Code de procédure pénale relatives à la géolocalisation. Même si les dispositions en cause ont été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif des décisions du Conseil constitutionnel n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 et n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, la Haute juridiction a considéré que l'arrêt de la CJUE, rendu en grande chambre le 2 mars 2021<sup>59</sup>, était « susceptible de constituer un changement de circonstances ». En particulier, par cet arrêt, la juridiction européenne a estimé qu'une décision autorisant une mesure de géolocalisation devait être prise par une autorité distincte de celle assurant la direction de l'enquête et l'engagement des poursuites dans la suite de la procédure. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas partagé un tel point de vue, en affirmant que

« le législateur a entouré la mise en œuvre des mesures de géolocalisation de garanties de nature à assurer, dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée »<sup>60</sup>. Par conséquent, les dispositions litigieuses ont été déclarées conformes à la Constitution.

Ces indications fournies, la chambre criminelle a, par ailleurs, refusé de poser une question préjudicielle, soulevée par le requérant au pourvoi, « afin de savoir si l'article 2 § 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002/584/JAI) méconnaît les articles 6 de la Charte des droits fondamentaux et 6 du TUE, [...], en ce qu'il ne précise pas le contour des infractions pouvant donner lieu à remise sans contrôle de la double incrimination par l'État requérant et par l'État requis ». Un tel refus avait pour fondement l'arrêt de la CJUE rendu en grande chambre le 3 mai 2007 (*Advocaten voor de Wereld VZW*, n° C-303/05), par lequel l'article 2 § 2 de la décision-cadre précitée a été déclaré conforme au principe de légalité, tel qu'il résulte, notamment, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 6 assurant le droit à la liberté et à la sûreté)<sup>61</sup>.

De même, la chambre criminelle a été amenée à se référer à la jurisprudence de la CJUE dans le cadre de la vérification du respect du principe de spécialité. Ainsi, a-t-elle censuré la décision d'une chambre de l'instruction, qui ne s'était pas assurée du respect du principe de spécialité, tel qu'interprété par la CJUE<sup>62</sup>.

57. Crim., 24 juillet 2019, n° 19-84.068.

58. Crim., 9 juin 2021, n° 20-86.652.

59. CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, n° C-746/18, *H.K. c. Prokuratuur*, § 54.

60. Cons. const., 23 sept. 2021, n° 2021-930 QPC.

61. La CJUE a précisé que « même si les États membres reprennent littéralement l'énumération des catégories d'infractions figurant à l'article 2 § 2 de la décision-cadre aux fins de la mise en œuvre de celle-ci, la définition elle-même de ces infractions et les peines applicables sont celles qui résultent du droit "de l'État membre d'émission" ». La décision-cadre ne vise pas à harmoniser les infractions pénales en question quant à leurs éléments constitutifs ou aux peines dont elles sont assorties (§ 52).

62. Crim., 5 oct. 2021, n° 21-84.194 ; en particulier, il a été jugé qu'il résulte de l'article 27 de la décision-cadre n° 2002/584/JAI, tel qu'interprété par la CJUE, qu'en présence d'une infraction autre que celle qui a motivé la remise, le consentement de la personne remise doit être demandé, conformément au § 4 de ce texte, et obtenu s'il y a lieu de faire exécuter une peine ou une mesure privative de liberté. La personne remise peut être poursuivie et condamnée pour une telle infraction avant que ce consentement ait été obtenu, pour autant qu'aucune mesure restrictive de liberté n'est appliquée au cours de la phase de la poursuite ou de jugement relative à cette infraction. L'exception visée à l'article 27 § 3, c de la décision-cadre ne s'oppose toutefois pas à ce que la personne remise soit soumise à une mesure restrictive de liberté avant que le consentement soit obtenu, dès lors que cette mesure est légalement justifiée par d'autres chefs d'accusation dans le mandat d'arrêt européen (CJUE, 1<sup>er</sup> déc. 2008, *[Y] [H]*, n° C-388/08).

Enfin, dans le domaine des visites et saisies effectuées en matière de concurrence (art. 450-4 C. com.), la chambre criminelle n'a pas hésité à censurer l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris n'ayant pas recherché si, comme le soutenait la requérante en se fondant sur les mentions portées au procès-verbal de visite, ses conseils ne s'étaient pas vu interdire d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole<sup>63</sup>, en méconnaissance des droits de la défense. Les faits s'étant déroulés antérieurement à la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, ayant reconnu aux personnes visitées le droit de faire appel à un conseil de leur choix au cours des opérations, la chambre criminelle, pour faire droit à la requête, a visé l'arrêt de la CJUE du 17 octobre 1989 (*Dow Chemical Ibérica*, n° 97, 98 et 99/87), ayant consacré « le droit d'avoir une assistance juridique dès le stade de l'enquête préalable »<sup>64</sup>.

Il est à souhaiter que, dans le silence de la loi, la Cour de cassation consacre, au visa de l'arrêt de la CJUE rendu en grande chambre le 1<sup>er</sup> février 2021<sup>65</sup>, le droit au silence dans le cadre des enquêtes administratives. On rappellera ici que la juridiction européenne a affirmé clairement que le droit de se taire « a vocation à s'appliquer dans

le contexte de procédures susceptibles d'aboutir à l'infliction de sanctions administratives revêtant un caractère pénal », telles que les enquêtes administratives effectuées en matière de concurrence<sup>66</sup> ou boursière, et s'est prononcée sur les limites de ce droit imposées par l'obligation de collaboration avec l'administration concernée<sup>67</sup>.

\* \* \*

À l'occasion de la publication des actes d'un colloque consacré au Traité de Lisbonne, le professeur G. Giudicelli-Delage écrivait que « la construction de l'Europe pénale est aussi – et parfois, selon les périodes, essentiellement – placée entre les mains des juges (Cour de justice bien sûr, mais également, et leur rôle ne saurait être minoré, juges internes constitutionnels et répressifs,...), et que les interactions (positives comme négatives, certaines divergences peuvent être saines et fructueuses) de leurs jurisprudences participent de la fabrique du droit pénal dans l'Union et de l'Union... »<sup>68</sup>. Sans aucun doute, les dernières évolutions de la jurisprudence de la chambre criminelle permettent de penser que celle-ci assure la mission qui lui est impartie quant à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, participant ainsi à la construction de ce droit.

63. Crim., 27 nov. 2013, n° 12-86.424, *Bull. crim.* n° 241.

64. Selon la CJUE, « le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable, telles les vérifications visées à l'article 14 du règlement n° 17, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité ».

65. CJUE, gr. ch., 2 février 2021, *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, n° C-481/19, *JCP G* 2021, n° 389, note H. Matsopoulou.

66. À vrai dire, dans le domaine du droit de la concurrence, le droit de se taire a un contenu limité, l'obligation de coopération ne permettant pas à une entreprise « de se soustraire à des demandes de production de documents au motif que, en y donnant suite, elle serait contrainte de témoigner contre elle-même » (CJCE, 29 juin 2006, *Commission/SGL Carbon*, n° C-301/04 P, EU:C:2006:432, point 48).

67. Antérieurement à cet arrêt, la Cour avait reconnu indirectement le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination; v. CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem/Commission*, n° C-374/87, EU:C:1989:387, § 34 et 35; v. aussi : CJCE, 29 juin 2006, *Commission/SGL Carbon*, n° C-301/04 P, EU:C:2006:432, § 41 et 42; CJCE, 25 janv. 2007, *Dalmine/Commission*, n° C-407/04 P, EU:C:2007:53, § 34.

68. G. Giudicelli-Delage, « Introduction générale », in *Le Droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, op. cit., p. 24.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### Le règlement sur le gel et la confiscation : révélateur de la légistique européenne

**Raphaële Parizot**

Professeur à l'Université Paris Nanterre

Codirectrice du Centre de droit pénal et de criminologie

« En fait de meuble, la possession vaut titre » ; « tout paiement suppose une dette » ; « la vente de la chose d'autrui est nulle » ; « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » ; « les conventions (aujourd'hui "les contrats") légalement formé(e)s tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait(e)s »... Voici quelques exemples, tirés du Code civil, de ces « formules frappées », telles que les qualifiait Cornu, qui produisent « un résultat radical » à tel point que « l'énoncé devient maxime. L'idée dépouille le style. Elle est comme nue sous quelques mots. Seul l'essentiel est dit ». Et Cornu d'ajouter « Amis du droit et de la langue, nous devrions ensemble les réciter par cœur. Ah ! Si le droit européen nous confisquait ces trésors [...], je serai contre l'Europe ! »<sup>1</sup>.

Si les propos de Cornu se terminent sur le ton de la plaisanterie, ils renferment une certaine appréhension qui, presque vingt ans plus tard, continue de colorer l'approche des rapports entre la norme de l'Union européenne et la

norme nationale : la crainte d'une perturbation excessive de la seconde par la première, du fait d'une production normative européenne massive mais aussi porteuse parfois de changements radicaux pour le droit interne. Cette crainte s'inscrit d'ailleurs plus largement au carrefour de la crise de légitimité qui touche la construction européenne (méfiance des citoyens, résistance des États membres) et des dysfonctionnements qui affectent la production du droit dans les sociétés contemporaines<sup>2</sup>. Fortes de ces constats, et après plusieurs initiatives en ce sens dès les années 1990, les institutions européennes ont lancé, à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, dans le cadre de la Stratégie de Lisbonne dont le but annoncé était de faire de l'Union européenne l'économie la plus compétitive au monde et de parvenir au plein emploi avant 2010, un programme ambitieux appelé « mieux légiférer », qui ne cesse depuis lors d'être repris, enrichi, ajusté<sup>3</sup>. La légistique, au sens de « science de la composition des lois », d'« étude systématique des méthodes de

1. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2005, n° 89.

2. F. Péraldi-Leneuf et S. De La Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, Cahiers européens, 2013, spéc. p. 7.

3. Sur ce point, v. par ex., F. Péraldi Leneuf, « L'élaboration du droit de l'Union européenne au regard des exigences de légistique. Simplification, sophistication et légitimation », *RUE* 2018, p. 34.

réaction des textes de loi »<sup>4</sup> n'est donc pas une inconnue des institutions européennes.

Et en droit pénal, où le principe de légalité commande de rechercher toujours une loi claire, précise et prévisible, qu'en est-il ? Sans revenir sur l'émergence de la compétence pénale de l'Union européenne, il faut souligner que la nature des normes européennes en la matière a radicalement changé avec le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, puisque l'instrument – à portée limitée – des décisions-cadres<sup>5</sup> a été subs-

titué par les instruments plus contraignants des directives et des règlements (art. 288 TFUE). D'emblée, la directive, acte législatif de l'Union européenne imposant un but sans imposer les moyens pour y parvenir et pour lesquels les États membres gardent la main lors de l'opération de transposition qui est, en principe, requise et tant que le délai de transposition n'a pas expiré<sup>6</sup>, apparaît comme un instrument normatif de compromis et est donc particulièrement prisée en matière pénale. En l'espace de dix ans, ce sont plus de vingt directives qui ont été adoptées dans le champ pénal<sup>7</sup>. À l'inverse, le règlement, acte

4. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020.

5. Les décisions-cadres lient les États membres sur le résultat à atteindre, tout en laissant aux autorités nationales la compétence quant à la forme et aux moyens; elles n'ont pas d'effet direct.

6. Pour rappel, au-delà de l'expiration du délai de transposition, la directive produit un effet direct dès lors qu'elle est claire, précise et inconditionnelle (CJCE, 5 avr. 1979, n° C-148/78, *Ministère public contre Tullio Ratti*).

7. – Directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales;

– Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes;

– Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie;

– Directive 2011/99/UE du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne;

– Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales;

– Directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil;

– Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil (dite « directive cybercriminalité »);

– Directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires;

– Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale;

– Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne;

– Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché);

– Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil;

– Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales;

– Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière;

– Directive 2016/800/UE du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales;

– Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen;

– Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme, remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil;

– Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal;

– Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme;

– Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal;



législatif de l'Union européenne obligatoire dans tous ses éléments (objectifs et moyens pour y parvenir) et directement applicable dans tout État membre, est un instrument normatif au pouvoir complet et, de ce fait, plus timidement utilisé en matière pénale. Le recours au règlement, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, a en effet été beaucoup plus tardif que pour la directive (le premier règlement touchant le champ pénal date de 2017) et il reste beaucoup plus limité (sept règlements)<sup>8</sup>. Surtout, il a été utilisé quasiment exclusivement en matière procédurale (sur la base de l'art. 82 plutôt que de l'art. 83 TFUE) et comme outil de coopération judiciaire au service du principe de reconnaissance mutuelle (sur la base de l'art. 82 § 1 plutôt que de l'art. 82 § 2 relatif à l'harmonisation en matière procédurale). D'où l'intérêt légitime porté à un règlement, en l'occurrence le *Règlement (UE) 2018/1805 du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation*. Ce règlement, sans être le premier relatif à la matière pénale, est le tout premier exclusivement consacré à des règles de coopération judiciaire en matière pénale<sup>9</sup>. Par ailleurs, ce règlement n'est pas le premier texte à intervenir sur le point traité

(confiscation et gel), posant de ce fait la question de l'articulation entre les textes successifs sur le sujet (deux décisions-cadres : la *Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve* et la *Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation*; une directive : la *Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne*, qui fait elle-même suite et remplace – mais pas intégralement – la *Décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime*).

Sur le fond, le règlement de 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation participe d'un arsenal normatif visant à lutter contre la criminalité organisée qui constitue, selon les institutions européennes, « l'une des plus grandes menaces pour la sécurité de l'Union européenne » : les produits de la criminalité organisée au sein de l'Union européenne sont estimés à environ

---

– Directive (UE) 2019/713 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces et remplaçant la décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil;

– Directive 2019/884 du 17 avril 2019 modifiant la décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil en ce qui concerne les échanges d'informations relatives aux ressortissants de pays tiers ainsi que le système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS).

8. – Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen;
- Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA);
- Règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation;
- Règlement (UE) 2018/1862 du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale;
- Règlement (UE) 2019/816 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 portant création d'un système centralisé permettant d'identifier les États membres détenant des informations relatives aux condamnations concernant des ressortissants de pays tiers et des apatrides (ECRIS-TCN), qui vise à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires et modifiant le règlement (UE) 2018/1726;
- Règlement (UE) 2019/818 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration;
- Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne.
9. En effet, le règlement 2017/1939 sur le Parquet européen, qui vise la base spécifique de l'art. 86 TFUE, met en place un nouvel organe juridictionnel. Quant au règlement 2018/1726, il est relatif à la gestion opérationnelle de différents systèmes d'information (Schengen, Vis...) et se fonde sur plusieurs articles du TFUE relatifs aux politiques de contrôle aux frontières, à l'asile et à l'immigration (art. 77 et s.), à la coopération judiciaire en matière pénale (art. 82 et s.) et à la coopération policière (art. 87 et s.).

110 milliards d'euros par an, profits qui sont investis pour élargir les activités criminelles et infiltrer l'économie légale (Europol estime qu'entre 0,7 et 1,28 % du PIB annuel de l'Union européenne est lié à des activités financières suspectes), raisons pour lesquelles il est impératif de chercher à priver les criminels de leurs gains financiers, ce qui passe par le gel (la saisie, dit-on en droit français) et la confiscation définitive des avoirs illégalement acquis<sup>10</sup>. C'est pourquoi, outre la directive de 2014 qui définit des règles minimales pour le gel, la gestion et la confiscation des avoirs d'origine criminelle, a été adopté ce règlement de 2018 qui vise à faciliter le recouvrement transfrontière des avoirs criminels. Le règlement fixe les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire les décisions de gel et les décisions de confiscation émises par un autre État membre dans le cadre de procédures en matière pénale (art. 1<sup>er</sup>). De façon simplifiée, la procédure de reconnaissance mutuelle des décisions se déroule selon un schéma bien connu au sein de l'Union européenne. L'autorité d'émission (qui n'est pas forcément un juge, une juridiction ou un procureur<sup>11</sup>, mais qui peut aussi être une autorité compétente en matière pénale pour exécuter une décision de gel ou de confiscation : art. 2 § 8) transmet, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité<sup>12</sup>, une décision de gel ou de confiscation à destination d'une autorité d'exécution (c'est-à-dire d'une autorité compétente pour reconnaître une telle décision et pour en assurer l'exécution conformément au présent règlement et aux procédures applicables dans le droit national au gel et à la confiscation des biens : art. 2 § 9) au moyen d'un certificat de gel ou de confiscation (art. 6 et art. 17) selon les modèles annexés au règlement. Sauf motif de

non-reconnaissance et de non-exécution (art. 8 et art. 19) ou motif de sursis (art. 10 et 21), l'autorité d'exécution reconnaît la décision étrangère et prend les mesures nécessaires à son exécution de la même manière et avec la même rapidité que pour une décision nationale (art. 7 et 9 et art. 18 et 20)<sup>13</sup>. Les biens gelés et confisqués sont gérés par le droit de l'État d'exécution qui s'engage également à prendre les mesures nécessaires pour garantir la restitution de ces biens à la victime dans les plus brefs délais (art. 29 et 30).

Applicable depuis le 19 décembre 2020 (art. 41), ce texte interroge à plus d'un égard. Pourquoi, alors que la matière était déjà encadrée par plusieurs textes, un nouveau texte a-t-il été adopté en matière de gel et de confiscation ? S'agissant d'une matière particulièrement technique (dans le détail de laquelle nous ne rentrerons pas ici<sup>14</sup>), le texte emporte-t-il la conviction sur un plan rédactionnel ? Autrement dit, le règlement de 2018 relève-t-il le défi de l'émission et le défi de la technicité, au cœur des questionnements sur l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>15</sup> ? Pour le dire encore autrement, le règlement de 2018 interroge, d'un point de vue légistique, tant au regard du support (I. Un texte de plus) que de la technique rédactionnelle (II. Une technique rédactionnelle ambivalente).

## I. Un texte de plus

D'emblée, le règlement de 2018 annonce l'enjeu souligné de manière consensuelle, comme le révèlent les toujours très instructifs et ici particulièrement nourris (57) considérants qui ouvrent le texte : « Le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime figurent parmi les moyens les plus efficaces de lutte contre la criminalité. L'Union est résolue à assurer une identifi-

10. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Recouvrement et confiscation d'avoirs : garantir que le crime ne paie pas*, COM (2020) 217 final, 2 juin 2020, p. 2.

11. À cet égard, il est intéressant de relever que le règlement de 2018 n'emploie jamais l'expression « autorité judiciaire », alors même que cette notion est au cœur de la coopération pénale : A. Gogorza, « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne », *Dr. pén.* 2021, étude n° 3, spéc. n° 5.

12. Cela suppose, selon le règlement, que la décision de gel ou de confiscation ne soit transmise que lorsqu'elle aurait pu être utilisée dans le cadre d'une procédure purement nationale (§ 21).

13. Des délais sont prévus pour accélérer la procédure : 48 heures pour la reconnaissance et l'adoption de mesures concrètes nécessaires à l'exécution de la décision de gel en cas d'urgence (art. 9 § 3) ; 45 jours au plus tard pour adopter la décision relative à la reconnaissance et à l'exécution de la décision de confiscation (art. 20).

14. Pour une présentation complète du règlement, v. L. Ascensi, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2022-2023, n° 321-10 et s.

15. H. Oberdorff, « A la recherche d'un meilleur ordre juridique pour l'Union européenne », F. Péraldi Leneuf et S. De La Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation, op. cit.*, p. 34 et s.

cation, une confiscation et une remise en circulation plus efficaces des avoirs d'origine criminelle, conformément au programme de Stockholm – une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » (§ 3). Cette annonce introductive appelle deux remarques. D'une part, sur le fond, c'est une projection dans la lutte contre la criminalité dans son ensemble qui est annoncée, sans restriction à la lutte contre la criminalité organisée qui était l'objectif premier tel qu'il apparaît, par exemple, au 1<sup>er</sup> considérant de la directive 2014/42/UE. D'autre part, sur la forme, on peut souligner la maladresse qu'il y a à annoncer la recherche d'une identification, d'une confiscation mais aussi d'une remise en circulation des avoirs d'origine criminelle... (peut-être à cet égard, s'agit-il d'une maladresse de français et la version anglaise « *re-use* » ou encore la version italienne « *riutilizzazione* », qui mettent l'accent sur une réutilisation, semblent plus appropriées).

Si l'objectif de ce nouveau texte n'est pas contestable, on peut néanmoins se demander si l'adoption même d'un nouveau texte était utile. En effet, comme le rappelle le règlement, l'Union européenne connaît déjà deux décisions-cadres (de 2003 et de 2006) relatives à la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, ainsi qu'une directive (de 2014) qui établit des règles minimales relatives au gel et à la confiscation de biens. Toutefois, ce cadre juridique est dépeint comme insuffisant. Les décisions-cadres, d'abord, qui portent un mécanisme de reconnaissance mutuelle, n'ont pas été déployées de manière pleinement

efficace, n'ayant « pas été mises en œuvre ni appliquées de manière uniforme dans les États membres<sup>16</sup>, ce qui a conduit à une reconnaissance mutuelle insuffisante et à une coopération transfrontière non optimale » (§ 6). La directive de 2014, ensuite, qui impose une harmonisation des législations nationales en matière de gel et de confiscation<sup>17</sup>, si elle a été transposée dans les pays destinataires<sup>18</sup>, ne contient pas de dispositions relatives à la circulation entre États membres de l'Union européenne des décisions de justice en matière de gel et de confiscation. On peut dès lors partager l'idée qu'un texte unique (au lieu de deux textes distincts qui empêchent une coopération linéaire<sup>19</sup>) et juridiquement contraignant (à la place de décisions-cadres à l'effet normatif limité) sur la reconnaissance des décisions de gel et de confiscation est bienvenu. Mais alors, comment l'articuler avec les textes antérieurs ? Quel support lui donner ?

Premièrement, l'adoption d'un nouveau texte, tout utile qu'il puisse être, participe à l'empilage des textes européens, dès lors qu'il ne se substitue pas aux textes antérieurs sur la matière. En effet, on comprend bien que le règlement de 2018, mettant en place une procédure de coopération pénale, doit être lu avec la directive de 2014 (et à certains égards encore avec la décision-cadre de 2005), qui vise à harmoniser les règles relatives au gel et à la confiscation. Mais qu'en est-il des décisions-cadres antérieures portant sur la reconnaissance mutuelle en la matière ? Le règlement indique que la décision-cadre de 2003, qui avait déjà été partielle-

16. C'est en effet la majorité mais non l'intégralité des États membres qui a transposé ces décisions-cadres. En effet, la France a bien transposé les deux textes (art. 695-9-1 et s. C. proc. pén. créés par la *loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice* pour la décision-cadre 2003/577/JAI et art. 713 et s. créés par la *loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* pour la décision-cadre 2006/783/JAI), tout comme 22 États membres de l'Union européenne (sans doute de manière inégale), mais tel n'est pas le cas du Danemark (ce qui est habituel), de la Grèce, du Luxembourg, qui n'ont transposé aucune des deux décisions-cadres, ainsi que de Chypre pour la décision-cadre de 2003 et de la Slovénie pour la décision-cadre de 2006 (voir le site EUR-lex qui suit la transposition des textes).

17. « Ces règles minimales concernent la confiscation des instruments et des produits du crime, notamment en cas de fuite ou de la personne poursuivie, lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée concernant une infraction pénale, la confiscation élargie et la confiscation des avoirs des tiers. Ces règles minimales concernent également le gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure » (§ 7).

18. À l'exception notable de l'Irlande qui, pourtant, avait souhaité participer à l'adoption et à l'application de la directive (§ 42 de la directive 2014/42/UE).

19. E. Rubi-Cavagna, « Le règlement UE du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation », *D.* 2019, p. 480 : « Ces textes organisent un mécanisme de reconnaissance mutuelle par opération et cela a conduit à une fragmentation des outils d'intervention en imposant par exemple à une autorité judiciaire d'utiliser, pour commencer, la procédure de gel de bien afin de prévenir la disparition du bien puis d'entreprendre une seconde procédure pour obtenir la confiscation du bien gelé ».

ment remplacée par la *Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, en ce qui concerne le gel d'éléments de preuve pour les États membres liés par cette directive, l'est totalement par le règlement concernant le gel de biens. Il en va de même concernant la décision-cadre de 2006 en ce qui concerne la confiscation, complètement remplacée par le règlement. Toutefois, cela ne vaut que pour les États membres qui sont liés par le règlement (§ 52), c'est-à-dire tous les États membres de l'Union européenne moins l'Irlande et le Danemark. Les décisions-cadres continueront donc de s'appliquer entre les États membres liés par le règlement et les États membres non liés par le règlement, dès lors que tous ces États avaient transposé les décisions-cadres, c'est-à-dire la majorité (mais non l'intégralité) pour les États membres liés par le règlement<sup>20</sup> et la seule Irlande du côté des États membres non liés par le règlement<sup>21</sup>. Autrement dit, c'est à une mosaïque de textes qu'il faut se référer pour connaître la situation juridique applicable à telle ou telle demande en matière de gel ou de confiscation<sup>22</sup>, mosaïque de textes européens qui nourrit des mosaïques de textes nationaux. Aux dispositions de transposition des décisions-cadres en droit national, dont on peut se demander s'il ne faudrait d'ailleurs pas les relire en raison de la quasi-disparition des textes d'origine, il faut en effet ajouter les dispositions d'adaptation du droit national à la suite de l'adoption du règlement de 2018<sup>23</sup>.

Concernant la base juridique du nouveau texte, elle est claire : s'agissant d'une action dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation des avoirs

d'origine criminelle, c'est logiquement l'article 82 § 1 TFUE qui est visé, le règlement rappelant de manière liminaire que « la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, communément considéré comme la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union » (§ 2 du règlement).

Pour autant, si la base juridique est indiscutable dans son visa (sans être exempte de critiques dans sa portée, dans la mesure où elle influence la technique rédactionnelle comme nous le verrons dans la seconde partie), elle ne dicte en rien le choix de l'instrument : directive ou règlement ? L'article 82 § 1 TFUE donne au législateur de l'Union européenne le choix. Le choix fait ici du règlement est explicité non par le règlement lui-même mais par la proposition de règlement qui a impulsé l'adoption du texte définitif : « Étant donné que la proposition concerne des procédures transfrontières pour lesquelles des règles uniformes s'imposent, il n'est pas nécessaire de laisser une marge aux États membres pour transposer lesdites règles. Un règlement est directement applicable, apporte de la clarté et une plus grande sécurité juridique, et permet d'éviter les problèmes de transposition que les décisions-cadres sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation ont connus. C'est pourquoi la forme à utiliser qui est jugée la plus appropriée pour cet instrument de reconnaissance mutuelle est celle du règlement »<sup>24</sup>. Ce choix appelle deux remarques.

D'abord, à la question, qui se pose naturellement, de savoir si cet instrument va être davantage utilisé, voire va devenir la règle en matière

20. V. *supra*, note 16.

21. En effet, l'Irlande a transposé les décisions-cadres mais pas le Danemark. Quant au Royaume-Uni, qui n'est plus membre de l'Union européenne, il faut relever son statut particulier puisque, ayant souhaité participer à l'adoption et à l'application du règlement (§ 55), alors même que la procédure de Brexit était déjà engagée, il a signé l'Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni du 24 décembre 2020, qui prévoit de nombreuses dispositions sur le gel et la confiscation (Titre XI de l'accord) : sur ce point, v. J. Bourgeois, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, thèse dactylographiée, Université de Poitiers, 2021, n° 189.

22. Qui rend complexe le travail de la Cour de justice : voir ainsi CJUE, 14 janv. 2021, n° C-393/19 (*AJ Pénal* 2021, p. 165, note B. Nicaud ; *RSC* 2021, p. 896, chron. J. Tricot).

23. Pour le droit français, voir les art. 695-9-30-1 et 695-9-30-2 C. proc. pén. ainsi que les art. 713-35-1 et 713-35-2 C. proc. pén. relatifs à la transmission et l'exécution des décisions de gel et de confiscation en application du règlement de 2018 introduits par la *loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire* (« Titre VII – Dispositions diverses et transitoires »...). En droit luxembourgeois, on peut aussi relever un avis du Conseil d'État du 23 mars 2021 sur le projet de loi portant mise en œuvre du règlement 2018/1805.

24. *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation*, COM (2016) 819 final, p. 7.

de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires en matière pénale, le règlement lui-même, par une sorte d'incise (dont on se demande à qui elle s'adresse : aux institutions européennes pour les canaliser ? aux États membres pour les rassurer ?), répond par la négative : « La forme juridique du présent acte ne devrait pas constituer un précédent pour de futurs actes juridiques de l'Union dans le domaine de la reconnaissance mutuelle de jugements et de décisions judiciaires en matière pénale. Le choix de la forme juridique de futurs actes juridiques de l'Union devrait être évalué soigneusement, au cas par cas, en tenant compte, entre autres facteurs, de l'efficacité de l'acte juridique et des principes de proportionnalité et de subsidiarité » (§ 53).

Ensuite, le fait que le règlement soit directement applicable apporte incontestablement une certaine clarté et une certaine sécurité juridique. Il n'en reste pas moins que tant l'instrument utilisé (le règlement qui permet, *a priori*, de contourner les problèmes liés à la transposition des textes européens) que la base juridique visée (l'art. 82 § 1 TFUE qui renvoie à la mise en place de procédures de reconnaissance mutuelle plutôt qu'à une harmonisation) ne permettent pas de régler les problèmes conceptuels qui se posent à la lecture du texte et nourrissent même l'idée d'une ambivalence dans la technique rédactionnelle.

## II. Une technique rédactionnelle ambivalente

Sur la forme, le règlement ne se distingue pas spécifiquement des autres types d'actes juridiques adoptés par l'Union européenne. Il comporte un (long) exposé des motifs (57 considérants) et se découpe en cinq chapitres (« Chapitre I – *Objet, définitions et champ d'application* » ; « Chapitre II – *Transmission, reconnaissance et exécution des décisions de gel* » ; « Chapitre III – *Transmission, reconnaissance et exécution des décisions de confiscation* » ; « Cha-

*pitre IV – Dispositions générales* » ; « Chapitre V – *Dispositions finales* »), le tout composant 41 articles suivis de deux annexes (modèles de certificat de gel et confiscation).

Sur le fond, le choix couplé d'un règlement et d'un instrument de reconnaissance mutuelle pour « légiférer » en matière de gel et de confiscation emporte clarté et simplicité du *corpus* de référence, mais clarté et simplicité en apparence seulement. Le règlement, en dispensant d'une transposition et en véhiculant une uniformité, gage de clarté ainsi que d'efficacité, coupe court *a priori* à toute divergence dans l'application nationale. Par ailleurs, la préférence donnée à un dispositif de circulation des décisions judiciaires, qui laisse intactes les orientations nationales sur le fond, plutôt qu'à une harmonisation « jugée trop complexe juridiquement, coûteuse politiquement, conséquemment décevante en pratique et de surcroît supposée tendanciellement inutile compte tenu du rapprochement et de l'accord sur l'essentiel – à savoir la protection des droits fondamentaux »<sup>25</sup>, semble un vecteur de simplicité puisqu'il ne s'agirait que de reconnaître une décision étrangère – y compris pour des formes de confiscation non connues du droit de l'État d'exécution – sans toucher aux concepts de fond. Mais ne s'agit-il pas d'une illusion, qui fait semblant de ne pas voir les « risques de complications inattendues tenant au besoin insatisfait de concepts communs et aux effets pervers d'une harmonisation déguisée »<sup>26</sup> ? C'est l'ambivalence de la technique rédactionnelle induite par le choix d'un règlement porteur d'un dispositif de reconnaissance mutuelle : imposer un dispositif de circulation des décisions sans imposer de modifier le droit interne quant aux champ d'application et aux formes possibles de gel (saisie) et de confiscation tout en sachant qu'une pression est exercée sur le droit interne, qui risque, de manière indirecte, de faire évoluer ce dernier. De fait, certains États adaptent leur législation nationale<sup>27</sup>. Par ailleurs, il est probable que la Cour de justice de l'Union européenne sera saisie de l'application du règlement, à la manière

25. J. Tricot, « Chronique de droit et de jurisprudence de l'Union européenne », *RSC* 2019, p. 909 et s.

26. *Ibid.*

27. *V. supra.*

des textes antérieurs en la matière qui ont déjà donné lieu à une jurisprudence notable<sup>28</sup>.

En effet, si l'on doit convenir avec Cornu, pour reprendre l'image positive des « formules frappées », que « toute règle ne se prête pas à telle frappe »<sup>29</sup>, il faut néanmoins relever que de nombreux points du règlement suscitent des questions (trop de questions peut-être) quant à leur interprétation (quel sens donner ?) ou quant à leur portée (obligatoire ou non pour les États membres ? À cet égard, l'emploi du conditionnel interroge à plusieurs reprises à la lecture du règlement) : champ d'application du texte, personnes visées par les confiscations (personne visée par la procédure, tiers ?), motifs – facultatifs – de non-exécution de la demande de coopération, en particulier le motif tenant à « une violation manifeste d'un droit fondamental pertinent énoncé dans la Charte, en particulier le droit à un recours effectif, le droit à accéder à un tribunal impartial et les droits de la défense » (art. 8 et art. 19)<sup>30</sup>...

Sur l'aspect particulier du champ d'application, on relève immédiatement que le règlement embrasse largement les décisions de gel et de confiscation, plus largement que la directive de 2014. Sans rentrer dans le détail des mécanismes de gel et de confiscation, il faut noter tout d'abord que le règlement « devrait s'appliquer » (conditionnel) « à toutes les décisions de gel et à toutes les décisions de confiscation émises dans le cadre de procédures en matière pénale » (§ 13), entendues largement : toutes les décisions émises à l'issue d'une procédure en lien avec une infraction pénale et bien au-delà du champ circonscrit tel que le prévoit l'article 3 de la directive de 2014 (§ 13 et 14) ; tous les autres types de décisions rendues sans condamnation définitive, même si le système juridique d'un État membre ne prévoit pas ce type de décisions ; possiblement (le règlement emploie la formule

« les procédures en matière pénale pourraient également comprendre ») toutes les décisions rendues pendant une enquête pénale effectuée par la police ou d'autres autorités répressives. En somme, seules les décisions de gel ou de confiscation émises dans le cadre de procédures en matière civile ou administrative devraient être exclues du champ du règlement. Ce champ d'application extrêmement large semble à la fois clair et bien bordé. En réalité, il pose plusieurs questions.

Premièrement, outre le fait qu'il permettra peut-être de faire appliquer en droit interne une décision de confiscation qui n'aurait pu être prononcée par le juge de l'État d'exécution, il introduit indirectement, dans les pays, qui ne le connaissent pas (dont la France), le concept de confiscation sans condamnation.

Deuxièmement, la portée exacte du règlement reste incertaine. La portée est incertaine d'une part en raison de l'emploi récurrent du conditionnel (« le présent règlement devrait s'appliquer » ; « l'État membre concerné devrait être en mesure de reconnaître et d'exécuter une telle décision émise par un autre État membre » ; « les procédures en matière pénale pourraient également comprendre les enquêtes pénales... » ; « les décisions [...] émises dans le cadre de procédures en matière civile ou administrative devraient être exclues du champ d'application... »). La portée est incertaine aussi, d'autre part, en raison des contours flous des notions employées. « Procédures en matière pénale », « décisions [...] émises à l'issue d'une procédure en lien avec une infraction pénale », « matière civile », « matière administrative » : de quoi parle-t-on ? Sont-ce uniquement les confiscations prononcées par le juge pénal qui sont visées, y compris si elles ne se fondent pas sur une décision de condamnation ou bien, plus largement, sont-ce toutes les confiscations y compris les confiscations prononcées par une juridic-

28. CJUE, 19 mars 2020, n° C-234/18, (L. Ascensi, « Les confiscations non pénales face au droit de l'Union européenne », *Dr. pén.* 2020, étude n° 15 ; M. Segonds, « La confiscation sans condamnation aux prises avec le droit de l'Union européenne », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 2020, com. 148) ; CJUE, 14 janv. 2021, n° C-393/19 (*AJ Pénal* 2021, p. 165, note B. Nicaud ; *RSC* 2021, p. 896, chron. J. Tricot) ; CJUE, 12 mai 2021, n° C-505/20 ; CJUE, 21 oct. 2021, n° C-845/19 et C-863/19. CJUE, 28 oct. 2021, n° C-319/19.

29. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 89.

30. Ce motif de non-exécution, déjà présent dans la *directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale* (art. 11 § 1 f)), est la consécration, dans un acte juridique de l'Union européenne, de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de mandat d'arrêt européen (CJUE, 5 avr. 2016, n° C-404/15 et C-659/15 ; CJUE, 25 juill. 2018, n° C-220/18).

tion civile ou administrative dès lors qu'elles portent sur un bien dont l'origine illicite est présumée ? Quels critères faudra-t-il utiliser pour qualifier le type de procédure en cause : nature de la procédure, objet de la confiscation, autorité compétente ?<sup>31</sup>. L'enjeu est évidemment considérable au regard de l'applicabilité du texte et du contrôle par la Cour de justice de mécanismes nationaux qui relèveraient du champ du texte.

Révélateur de la légistique européenne en matière pénale, le règlement sur le gel et la confiscation de 2018 l'est-il ? Si l'on se réfère à l'instrument utilisé (règlement), cela n'est certainement pas le cas puisque, selon les rédacteurs du texte eux-mêmes, il ne s'agit pas d'un précédent (§ 53). Quant à la plume et au maniement des concepts, dire de ce règlement qu'il révèle la légistique européenne n'est pas forcément un compliment ni même l'annonce d'un modèle à suivre...

---

31. V. Weyer, « Mutual recognition of confiscation orders and national differences », in A. Bernardi (dir.), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Jovene Editore, 2019, p. 92. Lionel Ascensi explique parfaitement comment le vocabulaire utilisé a évolué sous l'influence de la délégation italienne pour que soit inclus, dans le champ du règlement, son système de confiscations préventives très utilisé dans la lutte contre la criminalité organisée (L. Ascensi, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales*, *op. cit.*, n° 321-41).

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### La décision d'enquête européenne : les difficultés d'application<sup>1</sup>

**Jocelyne Leblois-Happe**

Professeure à l'Université de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental (EA 1351)

Directrice de l'Institut d'études judiciaires de Strasbourg

La décision d'enquête européenne (DEE) est, avec le mandat d'arrêt européen (MAE), l'autre « *success story* »<sup>2</sup> de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne. Comme le MAE, c'est un mécanisme majeur d'entraide entre les justices des pays membres<sup>3</sup>. Qualitativement d'abord, car l'émission d'une DEE peut permettre d'obtenir des éléments de preuve déterminants pour l'issue du procès. Quantitativement aussi : selon les chiffres

fournis par le BEPI (Bureau de l'entraide pénale internationale du ministère de la justice), qui ne portent que sur les données transmises par les parquets, en 2020, 8766 DEE ont été reçues par les membres du ministère public qui en ont émis à leur tour 1682<sup>4</sup>. Les États avec lesquels les flux d'échanges sont les plus importants sont, dans l'ordre, la Belgique, l'Allemagne, le Portugal, l'Espagne, les Pays-Bas et la Pologne<sup>5</sup>. Les actes les plus demandés au niveau européen sont les

1. Je remercie les fonctionnaires de la direction générale de la justice de la Commission européenne (Peter Csonka, Toma Milieskaite, Tania Schroeter), ainsi que les magistrats qui ont accepté de me faire part de leur expérience : Lydia Pflug, Aurélie Valente et Vincent Légaut (JIRS de Nancy), Laurent Guy (TJ de Strasbourg), Rainer Hornung-Jost (parquet d'Offenburg), Raphaële Bail (bureau français d'Eurojust) et Laurent Huet (représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne). Ma gratitude s'adresse également à Philippe Jaeglé, chef du bureau de l'entraide pénale internationale au ministère de la justice, qui a bien voulu me transmettre les chiffres disponibles. Je remercie enfin Judie Thirion pour son aide dans la lecture du rapport d'Eurojust.

Cette contribution est à jour au jour du colloque (10 juin 2022).

2. L'expression est d'Anne Weyembergh.

3. K. Mehtiyeva, « Chronique de coopération judiciaire internationale », *JDI* 2022, p. 674.

4. En 2018, 1736 mandats d'arrêts européens émis par des juridictions françaises ont fait l'objet d'une inscription au système d'information Schengen (SIS); le nombre était de 1641 en 2019. En 2018, ont été émis par les parquets français 1254 décisions d'enquête européenne, 1 certificat de gel, 4 certificats de confiscation, 35 demandes d'exécution d'une peine privative de liberté; ces chiffres étaient respectivement de 1718, 11, 64 et 48 en 2019. En 2018, les parquets français ont traité 5338 DEE (7411 en 2019), 8 certificats de gel (13 en 2019), 3 certificats de confiscation (15 en 2019) et 97 demandes d'exécution d'une peine privative de liberté (96 en 2019).

5. Même source (le BEPI).



auditions de personnes et les demandes d'information sur les comptes bancaires et financiers<sup>6</sup>.

L'adoption de la décision d'enquête européenne a répondu à un besoin clairement identifié, celui d'une collecte transfrontière des preuves<sup>7</sup>. Le nombre de DEE émises et reçues chaque année le montre amplement. Le rapport de la Commission publié le 20 juillet 2021 indique que le nombre de décisions d'enquête européennes émises et exécutées dans l'Union oscille entre un nombre à trois chiffres (pour les États les plus frileux) et un nombre à cinq chiffres (pour les plus coopérants)<sup>8</sup>.

La directive du 3 avril 2014<sup>9</sup> qui a permis à la décision d'enquête européenne de voir le jour est née de l'initiative de sept États membres<sup>10</sup> et a été votée à l'issue d'un peu plus de quatre années de négociations – ce qui est finalement assez peu, compte tenu des enjeux. L'objectif était, selon le considérant 6, de mettre en place « un système global [...] qui couvrirait, dans la mesure du possible, tous les types d'éléments de preuve, prévoirait des délais de mise en œuvre et limiterait autant que possible les motifs de refus ».

Un premier pas avait été franchi avec les décisions-cadre de 2003 sur le gel de biens ou d'éléments de preuve<sup>11</sup> et de 2008 sur le mandat

européen d'obtention de preuves<sup>12</sup>. Les insuffisances patentes des deux instruments<sup>13</sup> – dont le second est d'ailleurs resté lettre morte – ont sans doute contribué à assouplir les positions des uns et des autres lors de ces négociations.

La directive 2014/41 lie tous les États membres de l'UE, à l'exception de l'Irlande et du Danemark (consid. 44 et 45).

L'émission d'une décision d'enquête européenne permet à l'autorité judiciaire d'un État membre d'obtenir de l'autorité judiciaire d'un autre État membre la réalisation d'un acte d'enquête (audition, perquisition, interception des télécommunications...) et la remise des preuves obtenues à cette occasion ou simplement la transmission d'éléments de preuve (documents ou objets not.) qui sont déjà en possession de cette autorité<sup>14</sup>, dans le cadre d'une procédure pénale donnée (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>). Elle permet également d'empêcher la destruction, le déplacement ou la cession d'éléments de preuve se trouvant sur le territoire de cet État (art. 32, § 1<sup>er</sup>).

Les conditions et modalités dans lesquelles une telle décision peut être prise et doit être exécutée sont déterminées par la directive que tous les États membres concernés ont transposée dans leur droit national.

- 
6. Commission européenne, *Rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, COM (2021) 409 final du 20 juillet 2021, p. 13-14.
  7. V. J. Lelieur, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC* 2011, p. 1.
  8. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE*, *op. cit.*, p. 13-14.
  9. Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (*JOUE*, 1<sup>er</sup> mai 2014, L130/1).
  10. L'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Estonie, l'Espagne, la Slovaquie et la Suède.
  11. Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve.
  12. Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.
  13. La décision-cadre sur le gel permettait d'éviter la destruction, la transformation, le déplacement ou le transfert des éléments de preuve qu'elle visait mais elle ne permettait pas d'obtenir la remise de ces éléments. Le mécanisme du gel ne se substituait pas, en outre, à ceux de l'entraide traditionnelle, la décision-cadre ne l'ayant pas prévu. Le mandat européen d'obtention de preuves ne pouvait porter que sur des éléments de preuve déjà détenus par l'État membre d'exécution, à condition que ceux-ci prennent la forme de documents, d'objets ou de données – des prélèvements biologiques, des données de communication ou des informations en temps réel ne pouvaient pas être obtenus par ce moyen. Il ne remplaçait pas non plus les autres formes d'entraide.
  14. La décision d'enquête européenne est une « décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre » (État d'émission) « afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre » (État d'exécution) en vue de l'obtention de preuves. Elle peut aussi être émise « pour l'obtention de preuves qui sont déjà en possession des autorités compétentes de l'État d'exécution » (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, Dir.). « L'autorité d'émission peut émettre une décision d'enquête européenne afin de prendre toute mesure visant à empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve » (art. 32, § 1<sup>er</sup>, Dir.).

Bien qu'elle n'ait pas fait partie des États qui étaient à l'origine de la proposition, la France a manifesté un relatif enthousiasme pour le nouvel outil en transposant la directive, certes par voie d'ordonnance<sup>15</sup> mais avant l'expiration du délai prévu par celle-ci (le 22 mai 2017) et fidèlement (nous semble-t-il), ce qui est suffisamment rare pour être souligné. Les articles 694-15 et suivants du Code de procédure pénale fixent donc les règles selon lesquelles les autorités judiciaires françaises peuvent émettre et sont amenées à exécuter une décision d'enquête européenne.

Pour des raisons évidentes, l'instrument est particulièrement utilisé par les juridictions interrégionales spécialisées en matière de criminalité organisée (JIRS) et par les juridictions qui se trouvent à la frontière du territoire et sont, de ce fait, confrontées à une délinquance transfrontalière.

L'économie de la mesure, telle qu'elle est prévue par la directive 2014/41 et le Code de procédure pénale, est la suivante – il est indispensable de la rappeler brièvement afin de bien comprendre les difficultés auxquelles elle donne lieu.

L'autorité judiciaire qui souhaite obtenir de son homologue étrangère la réalisation d'un acte d'enquête ou la remise d'une preuve donnée renseigne le formulaire-type qui se trouve en Annexe A de la directive et le transmet soit directement à l'autorité judiciaire d'exécution soit en ayant recours aux services d'Eurojust, du Réseau judiciaire européen ou des magistrats de liaison (art. 7 Dir. ; art. 694-16 CPP).

L'autorité destinataire doit en accuser réception (« reconnaître » la DEE, selon la terminologie utilisée) en remplissant et renvoyant le document qui figure à l'Annexe B – à moins qu'elle ne constate la présence d'un motif de refus (art. 9 et 16 Dir. ; art. 694-30 et 604-31 CPP). La décision d'enquête européenne est alors exécutée par les autorités compétentes de l'État d'exécution – à moins que celles-ci ne voient un motif de refus à invoquer. Elle doit l'être dans certains délais (art. 12 Dir. ; art. 694-35 et 694-37 CPP), les coûts afférents étant en principe supportés par l'État d'exécution (art. 21, § 1<sup>er</sup>, Dir. ; art. 694-

50 CPP). Les éléments de preuve obtenus sont ensuite transférés à l'autorité judiciaire demandeuse de l'État d'émission (art. 13 Dir. ; art. 694-42 CPP), et la coopération est ainsi accomplie.

On conçoit sans peine les immenses avantages d'un tel instrument qui permet indirectement d'enquêter au-delà des frontières et contribue indéniablement à faire de l'espace européen un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>16</sup>.

Pour autant, la mise en œuvre de la décision d'enquête européenne se heurte à d'inévitables difficultés, comme c'est le cas pour tout instrument de coopération. Ces difficultés sont moins nombreuses que celles que connaît ou a connu le mandat d'arrêt européen parce que l'enjeu n'est pas le même et que le législateur européen a fait des progrès dans la rédaction des textes, porté par la volonté politique des États membres et les avancées de la jurisprudence européenne.

Les problèmes d'application existent néanmoins. Ils ont pu être mis au jour grâce à la consultation d'études publiées sur les sites des institutions de l'Union et à des échanges avec des fonctionnaires de la Direction générale de la Justice de la Commission. Ces lectures ont été complétées par des entretiens avec des praticiens de l'entraide : les membres du parquet de deux juridictions frontalières, l'une en France (à Strasbourg), l'autre en Allemagne (à Offenbourg), des magistrats du parquet et du siège d'une JIRS (celle de Nancy), un membre du bureau français d'Eurojust et des magistrats de la représentation permanente de la France auprès de l'UE.

Les difficultés soulevées par la mise en œuvre de la décision d'enquête européenne sont diverses. Elles seront présentées sous bénéfice de deux observations.

La première est que les problèmes rencontrés ne sont pas toujours des obstacles ni des véritables freins à la coopération judiciaire. Il s'agit parfois seulement de questions qui soulèvent des discussions susceptibles de rendre celle-ci moins fluide, de faire en sorte, comme l'écrit Eurojust dans son rapport de novembre 2020, que « la

15. Ordonnance n° 2016-1636 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale. V. F.-X. Roux-Demare, « La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale », *AJ Pénal* 2017, p. 115.

16. V. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, *op. cit.*, p. 13-14.

DEE ne fonctionne pas comme une machine bien huilée »<sup>17</sup>.

La seconde observation est que l'incidence de la pandémie sera laissée de côté. Elle n'est pas propre à la DEE – même si un arrêt de la chambre criminelle s'y rapportant a été rendu sur ce point<sup>18</sup> – mais concerne l'ensemble de l'entraide pénale internationale.

Ceci étant dit, les difficultés d'application de la DEE peuvent être rangées en trois catégories. Certaines apparaissent au stade de l'émission de l'instrument (II), d'autres à celui de son exécution (III). D'autres encore sont transversales ; c'est par elles que nous commencerons (I).

## I. Les difficultés transversales

Les difficultés transversales sont celles qui se rencontrent tout au long du « cycle de vie » de la décision d'enquête européenne. Elles ne sont pas propres à celle-ci mais s'y illustrent particulièrement. Il s'agit du problème linguistique (A) et de la combinaison des instruments d'entraide (B).

### A. Le problème linguistique

L'Europe est multiculturelle donc multilingue. L'article 5 de la directive 2014/41 prévoit que « Chaque État membre indique la ou les langues officielles des institutions de l'Union dans lesquelles, outre la ou les langues officielles de l'État membre concerné, la décision d'enquête européenne peut être complétée ou traduite lorsque l'État membre concerné est l'État d'exécution. (§2) » ; « L'autorité compétente de l'État d'émission procède à la traduction de la décision d'enquête européenne figurant à l'annexe A dans une langue officielle de l'État d'exécution ou dans toute autre langue indiquée par l'État d'exécution [...]. (§3) ».

Plus de la moitié des États membres ont notifié qu'ils acceptaient des décisions d'enquête européenne rédigées dans une ou plusieurs langues autres que la leur (généralement l'anglais)<sup>19</sup>. C'est le cas de la Belgique et des Pays-Bas mais pas de l'Allemagne, du Portugal, de l'Espagne et de la Pologne (sauf urgence), qui sont les partenaires habituels de la France, ni de la France elle-même. Toute émission d'une DEE implique donc une traduction, ce qui prend du temps et engage de l'argent. Sans compter qu'il faut disposer localement de la compétence requise : on trouve plus facilement un traducteur en anglais ou espagnol qu'en hongrois ou en slovaque ! La qualité des traductions est en outre fréquemment mise en cause par les praticiens de la coopération qui indiquent parfois ne pas comprendre les faits ou l'acte qu'il leur est demandé d'accomplir. Il leur faut alors demander des précisions – s'ils ne veulent pas « laisser dormir » la demande d'entraide<sup>20</sup>.

Indépendamment de cela, un échange direct entre autorités judiciaires est souvent nécessaire pour expliquer au partenaire le contexte de la demande, les particularités de son propre droit ou simplement se rappeler à son bon souvenir. La directive 2014/41 promeut le dialogue entre les États membres à propos du caractère proportionné de la mesure d'enquête demandée, de la présence d'une éventuelle cause de refus, du délai et du coût de l'exécution (art. 16, §2 ; 6, §3 ; 11 ; 21, §2, Dir.). Or le fait que l'anglais soit de plus en plus souvent utilisé dans les institutions de l'UE ne signifie pas, loin de là, qu'il est maîtrisé par tous les membres de l'autorité judiciaire appelés à pratiquer la coopération judiciaire, et en particulier par les français.

Dans les parquets et services d'instruction des JIRS et des zones frontalières, la présence de magistrats parlant l'allemand, l'espagnol ou l'ita-

17. « The EIO is not yet functioning as a well-oiled machine » (Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, nov. 2020, p. 4). Ce rapport dresse un bilan à partir des 1529 affaires dans lesquelles Eurojust a été saisie concernant une décision d'enquête européenne entre mai 2017 et mai 2019.

18. Cass. crim., 13 oct. 2020, n° 20-82.376, *Dalloz Actualité* 2 nov. 2020, obs. S. Goudjil ; *Lexbase* déc. 2020, p. 37, obs. J. Leblois-Happe.

19. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, op. cit., p. 7.

20. Le site du Réseau judiciaire européen offre une fonction de traduction automatique des parties « statiques » du formulaire-type. Les Annexes A, B et C sont de toute façon disponibles dans toutes les langues de l'UE en format Word dans la bibliothèque judiciaire du site (v. *Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne*, juin 2019, communiquée par le secrétariat général du Conseil, doc. 11168/19, 11 sept. 2019, p. 11 ; Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 13-14).

lien, voire le flamand ou le portugais, rend la coopération beaucoup plus aisée.

L'exemple des parquets de Strasbourg et d'Offenburg montre combien la maîtrise de la langue de l'autre mais aussi la connaissance du système judiciaire et politique du pays voisin facilite les choses. Les deux parquets ont d'ailleurs élaboré, il y a quelques années, un formulaire spécifique pour la circulation des DEE concernant les délits les plus courants (vols, délits routiers) entre la France et l'Allemagne. Tout y figure dans les deux langues, excepté ce qui est spécifique à la demande (relation des faits, qualification, mesure demandée...). Les magistrats concernés y sont habitués, et les coûts et délais de traduction réduits au strict minimum.

L'autre question transversale est celle de la combinaison des instruments de l'entraide.

### **B. La combinaison des instruments de l'entraide**

La coopération repose souvent en pratique sur l'utilisation de plusieurs instruments, qu'il s'agisse de reconnaissance mutuelle ou d'entraide judiciaire dite « classique ». Même si le champ d'application de la décision d'enquête européenne est large, comme nous le verrons, elle ne permet pas de tout faire : la remise d'une personne aux fins de poursuites ou d'exécution de sa peine suppose la délivrance d'un MAE, la saisie d'un bien aux fins de confiscation la rédaction d'un certificat de gel, la filature d'une personne franchissant une frontière intérieure de l'UE le respect des règles de l'observation transfrontalière, etc.

La DEE ne peut pas être un instrument « attrape-tout ». L'expérience rapportée lors des entretiens et le rapport rédigé par Eurojust en novembre 2020<sup>21</sup> montrent que la tentation de la considérer comme telle existe dans certains États membres, ce qui est susceptible de gripper le mécanisme de coopération.

D'autres difficultés apparaissent, elles, exclusivement ou principalement au stade de l'émission de la demande.

## **II. Les difficultés au stade de l'émission de la DEE**

Au stade de l'émission de la décision d'enquête européenne, quatre types de difficultés peuvent (principalement) être relevées. Elles portent sur le champ d'application de l'instrument (A), le formalisme qu'il impose (B), la détermination de l'autorité d'exécution compétente (C) et l'existence d'un recours dans l'État d'émission satisfaisant aux exigences de la Cour de justice dans sa jurisprudence la plus récente (D).

### **A. Le champ d'application de la décision d'enquête européenne**

Le champ d'application de la DEE est défini par la directive du 3 avril 2014. Mais comme tout acte juridique négocié à 25, celle-ci comprend des formulations qui sont le résultat d'un compromis et n'ont pas toujours la précision requise.

Les hésitations portent à la fois sur la liste des mesures susceptibles d'être obtenues par le biais d'une DEE (1) et sur la portée qu'il convient de donner à certaines mesures explicitement mentionnées par le texte (2).

#### **1. La liste des mesures susceptibles d'être obtenues par le biais d'une DEE**

Il n'existe aucune liste officielle des mesures d'investigation qui sont susceptibles d'être obtenues par le biais d'une décision d'enquête européenne. La directive 2014/41 prévoit qu'elle remplace « les dispositions correspondantes » de trois conventions applicables dans les États membres liés par elle : la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avril 1959, ses deux protocoles additionnels et les accords bilatéraux conclus en vertu de l'article 26 de cette convention ; la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (dite Convention de Schengen ou CAAS) du 19 juin 1990 ; la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et le protocole à celle-ci (art. 34, § 1<sup>er</sup>, Dir.).

21. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 51-52.

La décision d'enquête européenne se substitue en outre, pour ces mêmes États, au mandat européen d'obtention de preuve et au gel d'éléments de preuve (art. 34, § 2, Dir.)<sup>22</sup>.

Elle « couvre toute mesure d'enquête, à l'exception de la création d'une équipe commune d'enquête et de l'obtention de preuves dans le cadre de cette équipe » (art. 3 Dir.).

Tous les États membres ne sont cependant pas d'accord sur la liste des mesures relevant désormais de la DEE, ce qui suscite « occasionnellement des frictions »<sup>23</sup>.

La note commune publiée en 2019 par Eurojust et le Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la DEE synthétise le droit positif et propose l'utilisation de critères permettant de déterminer si une décision d'enquête européenne doit être utilisée ou non<sup>24</sup>.

Des problèmes de frontières subsistent néanmoins en raison des lacunes des textes.

Ainsi, lorsqu'un bien situé sur le territoire d'un autre État membre de l'Union doit être saisi, l'instrument n'est pas le même selon que la saisie a pour objet la confection d'une preuve ou la préparation d'une confiscation. Dans le premier cas, c'est une DEE qui doit être émise, dans le second, c'est un certificat de gel, conformément au règlement (UE) 2018/1805 du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation. Mais qu'en est-il lorsque la saisie poursuit en même temps les deux fins (par exemple la saisie d'une voiture de luxe acquise avec le produit d'une escroquerie qui sera ensuite confisquée) ? L'opinion dominante est, semble-t-il, qu'une DEE doit alors être émise, l'autorité d'émission précisant l'objectif poursuivi par la mesure de gel<sup>25</sup>.

À cette incertitude sur la liste des actes d'investigation couverts par la DEE s'ajoute l'incertitude sur l'étendue de certaines mesures explicitement prévues par la directive.

## 2. La portée de certaines mesures explicitement prévues par la directive

La portée des articles 30 et 31 de la directive, relatifs à l'interception des télécommunications, fait en particulier l'objet de divergences. Le premier permet l'émission d'une DEE « en vue de l'interception de télécommunications dans l'État membre dont l'assistance technique est nécessaire » – on comprend qu'il s'applique (notamment<sup>26</sup>) à la mise en place d'écoutes téléphoniques sur une ligne dont le titulaire se trouve sur le territoire de l'État d'exécution. L'article 31 concerne, lui, la situation dans laquelle la cible de l'interception, autorisée par l'autorité compétente de l'État d'émission sur son territoire, se trouve dorénavant sur celui d'un autre État dont l'assistance technique n'est pas nécessaire pour la poursuivre. Le texte prévoit simplement dans ce cas une notification, au moyen du formulaire figurant à l'Annexe C, de l'interception à l'État d'exécution.

Ces textes sont utilisés en cas de géolocalisation d'un véhicule circulant sur le territoire européen. Le franchissement d'une frontière entraîne alors, conformément aux dispositions de l'article 31, une notification de l'interception à l'État sur le sol duquel il se trouve désormais.

Les difficultés apparaissent à ce moment-là, car certains États membres (comme les Pays-Bas) n'acceptent pas la notification *a posteriori*, pourtant prévue par la directive (la France l'accepte). La coopération devient alors impossible, les données de géolocalisation ne pouvant plus être exploitées<sup>27</sup>.

Une autre question non résolue est celle de l'application de ce cadre juridique à l'installation d'un dispositif de sonorisation, sur un véhicule en particulier<sup>28</sup>.

Ces difficultés montrent que l'instrument a été négocié il y a une dizaine d'années alors que les techniques d'enquête ont beaucoup évolué

22. Les considérants 9 et 34 précisent que la directive ne devrait pas s'appliquer à l'observation transfrontalière visée dans la convention d'application de l'accord de Schengen, ni aux mesures provisoires en vue d'une confiscation.

23. Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne, p. 5. 24. *Ibid.*, p. 6.

25. *Ibid.*, p. 22.

26. Il existe des divergences entre États membres sur l'interprétation du terme de « télécommunications » (v. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 44).

27. V. ég. les difficultés mentionnées par le rapport d'Eurojust (p. 43 et s.).

28. Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne, op. cit. p. 20-21.

depuis. Il en va de même du formalisme, la justice pénale européenne s'adaptant progressivement aux nouvelles technologies.

### **B. Les exigences formelles**

Les exigences de forme contenues dans la directive 2014/41 sont ressenties comme compliquées et chronophages par nombre de praticiens de la coopération.

La saisie des renseignements sur le formulaire A et la lecture de celui-ci par son destinataire sont considérées comme fastidieuses en raison de leur ampleur – le formulaire comporte 8 pages –, notamment lorsque plusieurs mesures d'enquête sont demandées<sup>29</sup>.

Aucune case spécifique n'est prévue dans la section C pour certains actes comme les perquisitions ou l'obtention de preuves scientifiques qui doivent être décrits dans le champ resté libre (c'est plus long que cocher une case)<sup>30</sup>.

Le remplissage de ce formulaire est pourtant essentiel. S'il s'avère incomplet (parce que manque, par exemple, la description de l'infraction ou celle des circonstances permettant de relier la personne visée par l'investigation à l'enquête), l'autorité d'exécution demandera des précisions qui ralentiront d'autant l'avancée de la procédure<sup>31</sup>.

S'y ajoute le fait que la transmission de cette Annexe A n'est pas toujours entièrement dématérialisée. L'Allemagne, par exemple, double toujours celle-ci par un envoi papier.

Les choses progressent sur ce point, mais pas aussi vite qu'on le souhaiterait. D'autant que l'un des obstacles tend parfois simplement à la détermination de l'autorité compétente pour la coopération.

### **C. La détermination de l'autorité d'exécution**

L'identification de l'autorité judiciaire compétente pour exécuter la mesure d'enquête demandée demeure une difficulté, surtout lorsque l'affaire

ne donne pas lieu à la saisine d'Eurojust et que l'État d'exécution ne comporte pas de magistrat de liaison.

Indépendamment de la question de la compétence territoriale, chaque État membre ou presque a sa propre liste d'autorités compétentes au titre de l'article 2 de la directive.

L'Atlas judiciaire du RJE est certes utile mais il n'est pas toujours complet.

En France en particulier, où l'entraide passive est quantitativement plus importante que l'entraide active, on observe que de nombreuses DEE parviennent encore aux parquets généraux qui ne sont pas compétents pour les traiter.

La dernière difficulté d'application au stade de l'émission de la DEE qui va retenir notre attention dérive de la jurisprudence récente de la Cour de justice. Elle est relative au recours qui doit être accordé à la personne visée par la décision d'enquête européenne dans l'État d'émission.

### **D. L'existence d'un recours dans l'État d'émission satisfaisant aux exigences de la Cour de justice**

Dans l'affaire mettant en cause Ivan Gazanov, la Cour avait été saisie en 2017 d'une première demande de décision préjudicielle par un tribunal bulgare, auteur d'une décision d'enquête européenne adressée à la justice tchèque, qui l'interrogeait sur la manière de renseigner la section J du formulaire A, relative aux voies de recours contre la décision d'émettre une décision d'enquête européenne.

Elle avait répondu, par un arrêt du 24 octobre 2019<sup>32</sup>, en interprétant strictement les termes de la directive et de son annexe, que le droit de l'Union n'imposait pas à l'autorité d'émission « lors de l'émission d'une décision d'enquête européenne, [de] faire figurer dans cette section une description des voies de recours qui sont prévues, le cas échéant, dans son État membre, contre l'émission d'une telle décision »<sup>33</sup>.

29. V. Secrétariat général du Conseil, *Lignes directrices et versions au format pdf modifiable des formulaires annexés à la directive*, doc. 5291/20, 23 janv. 2020, p. 4.

30. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 10-12.

31. Elle pourra en outre être tentée de demander des informations complémentaires excédant ce qui est nécessaire, comme par exemple un accès au dossier complet de l'État d'émission ou une liste exhaustive des éléments de preuve dont dispose celui-ci (Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 53).

32. CJUE, 24 oct. 2019, n° C-324/17, *Ivan Gazanov*,

33. Pt. 38.

La Cour de justice a été saisie une nouvelle fois en 2019 par le même tribunal, qui invoquait l'absence de recours prévu par le droit bulgare contre des décisions ordonnant la réalisation de perquisitions et de saisies ou l'audition de témoins et contre l'émission d'une décision d'enquête européenne, et qui l'interrogeait sur la compatibilité de cette lacune (supposée) avec le droit de l'UE.

Dans son arrêt du 11 novembre 2021 – dit « *Gazanozov II* » –, la Cour de Luxembourg juge que « l'article 14 de la directive 2014/41, lu en combinaison avec l'article 24, paragraphe 7, de cette directive et l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la réglementation d'un État membre d'émission d'une décision d'enquête européenne qui ne prévoit aucune voie de recours contre l'émission d'une décision d'enquête européenne ayant pour objet la réalisation de perquisitions et de saisies ainsi que l'organisation d'une audition de témoin par vidéoconférence »<sup>34</sup> et que « l'article 6 de la directive 2014/41, lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte et l'article 4, paragraphe 3, TUE, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'émission, par l'autorité compétente d'un État membre, d'une décision d'enquête européenne ayant pour objet la réalisation de perquisitions et de saisies ainsi que l'organisation d'une audition de témoin par vidéoconférence, lorsque la réglementation de cet État membre ne prévoit aucune voie de recours contre l'émission d'une telle décision d'enquête européenne »<sup>35</sup>.

L'arrêt, dont la dimension prétorienne n'échappera à personne, est actuellement l'objet d'une attention soutenue de la part du COPEN, ce groupe technique, composé de représentants des États membres et des institutions, chargé notamment de réfléchir à la mise en œuvre des instruments de coopération en matière pénale.

La décision soulève en effet des questions sur sa signification (quel doit être l'objet du recours

exigé ? S'agit-il de la décision elle-même ou des mesures d'enquête qu'elle demande ? De quel type de recours doit-il s'agir ? Doit-il obligatoirement être ouvert avant la réalisation des actes en question ou peut-il l'être après ? Qu'en est-il alors du secret des investigations<sup>36</sup> ?) et sur sa portée (l'exigence d'un recours est-elle limitée aux DEE portant sur les actes d'enquête visés par l'arrêt ou s'applique-t-elle à toute DEE ?). L'avenir dira ce qu'il en est.

Sans doute en ira-t-il de même des difficultés d'application qui peuvent être relevées, cette fois, au stade de l'exécution de la décision d'enquête européenne.

### III. Les difficultés au stade de l'exécution de la DEE

Au stade de l'exécution de la DEE, les (principales) difficultés signalées peuvent également être regroupées en quatre points. Elles portent sur l'insuffisante harmonisation des législations nationales (A), la différence d'approche des motifs de refus (B), les délais d'exécution (C) et le respect du principe de spécialité (D).

#### A. L'insuffisante harmonisation des droits nationaux<sup>37</sup>

L'insuffisante harmonisation des droits nationaux constitue un réel obstacle à la coopération européenne. La divergence des législations nationales, sur le fond comme sur la forme, peut conduire à l'échec de la demande de coopération. L'expérience l'a montré : la reconnaissance mutuelle est intimement liée à l'harmonisation ; ce sont les deux jambes sans lesquelles la coopération judiciaire en matière pénale ne peut pas marcher.

Sur le plan matériel, le contrôle de la réciprocité d'incrimination est exclu, on le sait, pour une liste de 32 incriminations qui figure en Annexe D de la directive du 3 avril 2014. Certaines infrac-

34. CJUE, 11 nov. 2021, n° C-852/19, *Ivan Gazanozov*, pt. 50.

35. Pt. 62.

36. Rappelons que l'article 14, § 3, de la directive 2014/41 prévoit que « lorsque cela ne nuit pas à la confidentialité d'une enquête au titre de l'article 19, paragraphe 1, l'autorité d'émission et l'autorité d'exécution prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que des informations soient fournies sur les possibilités de recours prévues par le droit national lorsque celles-ci deviennent applicables et en temps utile afin de garantir leur exercice effectif ».

37. Sur cette question, concernant la coopération franco-allemande, v. la belle thèse de D. Knytel, *Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung*, Dunker & Humblot, Berlin, 2020.

tions, à la nocivité sociale pourtant avérée, n'y figurent pas.

L'exemple le plus couramment cité est celui du proxénétisme, défini particulièrement largement en droit français (art. 225-5 et s. du Code pénal). Il n'en va pas de même en Allemagne ou en Espagne où la contrainte exercée sur la personne prostituée et exploitée doit être établie. À défaut, la demande d'acte d'enquête tourne court. Lorsque les faits ont un minimum de gravité, la solution qui a été trouvée consiste à requalifier les faits en traite des êtres humains – encore faut-il qu'ils s'y prêtent.

Une autre illustration, correspondant à un comportement fréquent des deux côtés du Rhin, est le refus d'obtempérer. Il n'est incriminé en Allemagne que s'il s'accompagne de violences ou de menaces (§ 113 *Strafgesetzbuch*). Si ce n'est pas le cas, la DEE (tendant à l'audition du mis en cause) se heurte à un refus.

Sur le plan procédural, en dépit de la vaste harmonisation opérée par les directives adoptées depuis 2010, des « nœuds de divergences » subsistent et freinent la coopération. De nombreux exemples peuvent en être donnés, tirés du droit comparé franco-allemand ou de l'expérience d'Eurojust<sup>38</sup>.

Le droit allemand n'ayant pas d'équivalent de la garde à vue pour la recherche des preuves, une demande d'audition peut très vite tourner court : il suffit que l'avocat du suspect indique que son client fait usage de son droit au silence. La procédure pénale allemande prévoit que préalablement à toute audition d'un témoin, une information sur les cas dans lesquels la déposition peut être refusée pour raisons familiales et sur le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être délivrée à la personne concernée (§ 52 et 55 *Strafprozessordnung*). Le droit français l'ignorant, il est probable qu'en dépit de l'article de la directive, l'audition n'ayant pas observé ces formes soit écartée par le juge allemand.

Inversement, n'aurions-nous pas quelque difficulté à utiliser le procès-verbal d'une perquisi-

tion réalisée chez la personne mise en examen sans que celle-ci ait été mise en mesure d'y assister, conformément à ce que prévoit l'article 95 CPP ?

Ces divergences se rencontrent particulièrement en matière d'auditions en visioconférence et d'interceptions de correspondances.

En matière d'auditions par vidéoconférence, les règles nationales varient selon la qualité de témoin ou de suspect de la personne entendue. Or il arrive qu'il y ait un désaccord entre l'autorité d'émission et l'autorité d'exécution sur la qualité à reconnaître à la personne dont l'audition est demandée. Des règles distinctes valent également selon le stade du procès (enquête/jugement). Ces différences d'approche peuvent conduire à une impasse<sup>39</sup>.

En matière d'interceptions, les durées d'autorisation ne sont pas les mêmes dans tous les pays. Il arrive qu'une DEE soit émise à ces fins et que l'interception s'arrête brutalement, parce que le délai pour la faire selon le droit de l'État d'exécution est expiré. Mieux vaut que l'autorité d'exécution informe sa partenaire en amont pour que cette dernière soit en mesure d'envoyer, à temps, une nouvelle DEE<sup>40</sup>.

Il est vrai que la directive 2014/41 permet à l'État d'émission de demander « expressément » que certaines « formalités et procédures » soient observées. Celles-ci sont alors obligatoires, dès lors qu'elles ne sont pas « contraires aux principes fondamentaux de l'État d'exécution » (art. 9, § 2, Dir.)<sup>41</sup>. En pratique, il n'est guère commode de mettre en œuvre sans se tromper des règles étrangères qui sont parfois susceptibles d'interprétation<sup>42</sup> ou comportent des exigences très précises<sup>43</sup>.

De façon générale, les divergences des législations rendent parfois compliquée la réponse à la question de savoir si la mesure d'enquête serait autorisée « dans le cadre d'une procédure nationale similaire ». Or une réponse négative est un motif de refus pour les actes considérés comme intrusifs et faisant de ce fait l'objet de disposi-

38. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 43.

39. *Ibid.*, p. 39-40.

40. *Ibid.*, p. 43.

41. Et art. 694-36 CPP.

42. Par exemple pour considérer que la dispense de témoigner prévue par le § 52 StPO au profit des proches du prévenu s'applique en France au partenaire pacsé.

43. Comme par exemple les règles relatives à l'interrogatoire de première comparution en droit français (art. 116 CPP).



tions spéciales (informations sur des comptes/opérations bancaires et/ou financières, obtention de preuves en temps réel, enquêtes discrètes, interceptions de télécommunications, art. 26, § 6; 27, § 5; 28, § 1<sup>er</sup>; 29, § 5; 30, § 5, et 31, § 3, Dir.)<sup>44</sup>.

Ces différences d'approches se retrouvent dans l'acceptation des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution de la DEE.

### **B. La différence d'approche des motifs de refus**

C'est la deuxième difficulté rencontrée au stade de l'exécution de la mesure.

L'obligation générale d'exécuter la DEE est limitée par des motifs généraux de refus, tous facultatifs (art. 11 Dir.), et par des motifs supplémentaires de refus, également facultatifs, pour les actes d'enquêtes plus intrusifs comme le transfèrement de personnes (art. 22, § 2, et 23, § 2, Dir.), la recherche d'informations bancaires et financières (art. 26, § 6, et 27, § 5, Dir.), les enquêtes discrètes (art. 29, § 3, Dir.) ou l'interception des télécommunications (art. 30, § 5, Dir.).

Or plus de la moitié des États membres ont transposé comme étant obligatoires tout ou partie des motifs généraux prévus à l'article 11 de la directive.

Des différences importantes d'approche ont été observées pour le motif de refus tenant à ce que l'exécution de la DEE serait contraire au principe *ne bis in idem* (art. 11, § 1<sup>er</sup>, d) Dir.). Certains États membres donnent leur propre définition du principe, voire y ajoutent une condition d'exécution.

Certains États membres ont en outre « omis » de mentionner dans leur législation le motif de refus – essentiel car il fait l'originalité de la DEE – tenant au risque sérieux de violation des droits fondamentaux (art. 11, § 1<sup>er</sup>, f) Dir.).

Quelques-uns ont, à l'inverse, prévus des motifs non cités par la directive liés au caractère incomplet du formulaire ou à l'existence d'un recours susceptible d'aboutir contre la DEE<sup>45</sup>.

Toutes ces entorses grippent le fonctionnement de la coopération. Aussi la note commune rédigée par Eurojust et le RJE souligne-t-elle que les motifs de refus prévus par la directive forment une « liste exhaustive » et qu'« aucune marge ne permet de refuser l'exécution de DEE pour des motifs qui ne figurent pas sur la liste, comme le principe d'opportunité »<sup>46</sup>.

Il reste que les refus d'exécution ne sont pas si fréquents, le taux d'exécution allant, selon le rapport d'évaluation publié par la Commission en 2021, de 76,65 % à 96,93 %<sup>47</sup>.

Encore faut-il savoir faire preuve de la patience nécessaire.

### **C. Les délais d'exécution**

L'un des problèmes majeurs de la décision d'enquête européenne demeure les délais d'exécution.

La directive 2014/41 contient des règles strictes : selon l'article 12, la décision de reconnaissance ou d'exécution doit être prise « dès que possible » et au plus tard 30 jours après la réception de la DEE (§ 3); la mesure d'enquête doit être effectuée (sauf cause de report ou éléments de preuve déjà détenus) au plus tard 90 jours après (§ 4) – en cas d'impossibilité, l'autorité d'exécution doit être informée du retard et de ce qui le justifie (§ 6). Lorsque l'autorité d'émission a demandé un délai plus court, notamment en raison de l'urgence, ou a demandé que la mesure soit exécutée à une date spécifique, l'autorité d'exécution doit tenir compte « au mieux » de cette exigence (§ 2 et 5). Les éléments de preuve détenus ou obtenus doivent être transférés « sans retard indu » à l'État d'émission (art. 13, § 1<sup>er</sup>, Dir.).

Il semble que ces règles aient du mal à être respectées en pratique : tous les magistrats interrogés se sont plaints de la durée d'exécution, qu'ils attribuent à la surcharge de travail des services de la police et de la justice.

L'observation des délais semble particulièrement ardue en cas d'urgence, lorsqu'il faut veiller

44. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, op. cit., p. 44-45.

45. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, op. cit., p. 9-11.

46. Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne, op. cit. p. 17.

47. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, op. cit., p. 13-14.

ler à ce que le formulaire soit envoyé à l'État d'exécution dans la langue exigée par celui-ci, y compris les week-ends et jours fériés. Certains États membres acceptent dans ce cas que la DEE leur soit transmise en anglais et que la demande d'acte leur soit adressée par mail ou télécopie, voire par téléphone, avant l'envoi de la DEE proprement dite<sup>48</sup>.

Le rapport de la Commission indique toutefois qu'un grand nombre d'États membres déclarent avoir reçu les éléments de preuve demandés dans un délai inférieur à 120 jours<sup>49</sup>, ce qui semble raisonnable.

La dernière difficulté d'application méritant d'être signalée tient au respect du principe de spécialité.

#### **D. Le respect du principe de spécialité**

Précepte traditionnel de l'entraide pénale internationale, la règle de la spécialité postule que le résultat de la coopération ne peut être utilisé que ce pourquoi elle a été accordée.

Assez curieusement, la directive 2014/41, contrairement à la décision-cadre de 2002 sur le mandat d'arrêt européen<sup>50</sup>, n'en fait pas mention, ce qui conduit à des approches divergentes des États. Certains États membres, lorsqu'ils sont États d'exécution, rappellent que les preuves fournies ne peuvent être utilisées qu'aux fins de la procédure concernée; d'autres considèrent que cela est implicite. D'autres, lorsqu'ils sont États d'émission, estiment nécessaire de demander l'accord de l'État d'exécution pour utiliser les preuves dans une autre affaire; d'autres ne jugent pas la démarche nécessaire<sup>51</sup>. Cela peut conduire à des tensions néfastes.

C'est pourquoi Eurojust et le RJE livrent, dans leur note commune, deux recommandations. D'une part, une demande séparée de l'État d'émission devrait toujours être faite avant l'utilisation des preuves à des fins autres que celle(s) indiquée(s) dans la DEE initiale. D'autre part,

lorsqu'il est recouru, dans la même procédure, à la formation d'une équipe commune d'enquête et à l'émission d'une DEE, il convient d'indiquer explicitement dans la DEE que les preuves obtenues au moyen de cette dernière pourront être partagées avec les membres de l'ECE<sup>52</sup>.

Aucune des difficultés signalées n'est, on le voit, irrémédiable. Des remèdes techniques, mais aussi juridiques, peuvent y être apportés.

Les remèdes techniques sont les plus nombreux.

Eurojust et le Réseau judiciaire européen, qui jouent un rôle croissant de facilitateurs de la coopération, s'efforcent de définir les bonnes pratiques et de favoriser leur adoption. On trouve ainsi sur le site du RJE non seulement des informations sur les systèmes nationaux et un « atlas judiciaire » mais aussi, par instrument, une « bibliothèque judiciaire » qui permet d'accéder à différentes études et sources mais aussi à des tableaux<sup>53</sup>. Celui qui est consacré à la définition des autorités compétentes, des langues acceptées et du champ d'application reconnu à la DEE, pays par pays, semble particulièrement utile. Il permet par exemple à un magistrat français de savoir qu'une DEE adressée à une autorité portugaise doit l'être à un procureur ou un juge, en portugais, et ne peut permettre la notification d'actes procéduraires, et à un magistrat espagnol qu'une DEE adressée à une autorité française peut l'être à un procureur ou un juge d'instruction, qu'elle doit être rédigée en français et ne peut avoir pour objet la mise en place d'une équipe commune d'enquête, le gel d'un bien qui n'est pas susceptible de constituer un élément de preuve ou une observation transfrontalière (v. art. 695-18 CPP).

La Commission travaille en étroite collaboration avec les États membres pour aplanir les difficultés rencontrées. Une plateforme numérique dédiée à l'entraide, permettant aux États membres d'échanger les décisions d'enquête

48. Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne, *op. cit.*, p. 18. L'aide apportée par Eurojust peut alors être déterminante (Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, *op. cit.*, p. 13-14).

49. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, *op. cit.*, p. 13-14.

50. Art. 27.

51. Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne, *op. cit.*, p. 21-22.

52. *Ibid.*

53. V. <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/FR/120/-1/-1/-1>.

européennes et les éléments de preuve susceptibles de l'être par ce biais, a ainsi été mise en place<sup>54</sup>. Pour le moment, seuls quelques États membres y sont connectés; la première DEE vient d'être transmise *via* ce « système d'échange des preuves numériques » (« eEDES »). Nul doute qu'il permettra d'accélérer les choses, la crise sanitaire ayant eu le mérite de familiariser tout le monde avec l'outil informatique.

Les remèdes juridiques consistent, eux, à adapter le texte de la directive aux nécessités du temps.

Celui-ci vient d'ores et déjà de l'être aux règles de l'Union relatives à la protection des données personnelles<sup>55</sup>.

Lors de leur 57<sup>e</sup> réunion plénière, qui a eu lieu en Slovénie en octobre dernier, les représentants du RJE se sont prononcés en faveur de l'étude d'un assouplissement du cadre juridique existant pour l'audition en visioconférence d'un témoin, d'un expert, d'un mis en cause ou d'une victime se trouvant sur le territoire d'un autre État membre. Il n'est peut-être plus nécessaire de recourir à une DDE (ou à une demande d'entraide) pour procéder à un tel acte, devenu courant avec la pandémie<sup>56</sup>.

Les normes européennes en cours d'adoption concernant la collecte et la transmission des

preuves électroniques (le « paquet *eEvidence* ») devraient également compléter la directive en prévoyant des procédures rapides qui tiennent compte du caractère particulièrement volatil de ces preuves et des besoins de la pratique<sup>57</sup>.

Une révision de la directive 2014/41 afin de l'adapter à l'évolution des techniques d'enquête et d'en préciser le champ d'application pourrait également être envisagée<sup>58</sup>.

Le 10<sup>e</sup> cycle d'évaluation mutuelle, qui commencera à l'automne et ciblera la DEE, apportera sans doute des réponses complémentaires<sup>59</sup>.

\* \* \*

La coopération judiciaire, même avec des instruments plutôt bien conçus et quasi unanimement souhaités, requiert une attention soutenue. Elle exige de ceux qui la pratiquent de la conviction, une bonne connaissance (technique) des instruments disponibles, de l'ouverture d'esprit, de la souplesse et de la créativité. L'expérience prouve en effet que ces dernières qualités sont parfois déterminantes pour dénouer une situation qui paraît sans issue. Il serait dommage que les juges et procureurs européens soient moins et inventifs et performants que les voyous qui sévissent sur leur territoire...

54. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, *op. cit.*, p. 17; Secrétariat général du Conseil, *Lignes directrices et versions au format pdf modifiable des formulaires annexés à la directive*, *op. cit.*, p. 4; *Note commune d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen sur l'application pratique de la décision d'enquête européenne*, *op. cit.*, p. 13.

55. Directive (UE) 2022/228 du 16 février 2022 modifiant la directive 2014/41 en ce qui concerne sa mise en conformité avec les règles de l'Union relatives à la protection des données à caractère personnel (JOUE, 21 févr. 2022, L39/1). Le texte supprime l'article 20 de la directive DEE qui se référait au cadre juridique antérieur à la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

56. European Judicial Network (EJN), *Conclusions of the 57<sup>th</sup> Plenary Meeting of the European Judicial Network* (Slovénie, 18-19 oct. 2021), Bruxelles, 2 déc. 2021, 144448/21, p. 6.

57. Commission européenne, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2014/41/UE...*, *op. cit.*, p. 18.

58. Eurojust, *Report on Eurojust's casework...*, *op. cit.*, p. 52-53.

59. Le principe de l'évaluation mutuelle a été adopté par une action conjointe du Conseil du 5 décembre 1997 (JOCE, 15 déc. 1997, L344/7). Il s'agit d'une évaluation par les pairs de la mise en œuvre des instruments d'entraide en matière pénale. Les États membres choisis (par un groupe de travail *ad hoc*) sont évalués par une équipe d'experts du thème retenu, issus d'autres États membres. L'évaluation passe par le renseignement d'un questionnaire, une visite sur place et l'établissement d'un rapport dont les États membres concernés peuvent discuter le contenu.

# Dossier

## La place du droit de l'Union européenne en droit pénal

### Propos conclusifs : Réflexions sur l'évolution des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit pénal

**Didier Rebut**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

L'ensemble des contributions précédentes témoigne, au-delà de sa place, de l'importance prise par le droit de l'Union européenne en droit pénal. Cette importance a sa source, comme l'a rappelé M. le Professeur Édouard Dubout, dans les compétences pénales de l'Union européenne, lesquelles ont été très largement augmentées par le traité de Lisbonne. Ces compétences englobent l'ensemble de la coopération pénale, laquelle est entièrement fondée sur le droit de l'Union européenne dans les relations entre les États membres et déborde même parfois ces relations pour s'appliquer aux relations avec les États tiers.

Ces compétences portent aussi sur le droit pénal de fond et la procédure pénale, l'Union européenne ayant reçu des compétences lui permettant de créer positivement du droit pénal et de la procédure pénale indépendamment de la coopération judiciaire pénale. Mme Bernadette Aubert a exposé ce pouvoir positif de création qui se situe sur un autre plan que celui originel et classique de neutralisation des normes pénales contraires au droit européen.

Mme Pauline Le Monnier de Gouville a montré le rôle joué par les droits fondamentaux qui

font sentir leurs effets dans l'ensemble du droit pénal et qui ont un fondement propre à l'Union européenne avec la Charte des droits fondamentaux. Ce fondement propre intègre les droits de la Convention européenne lorsque ceux-ci sont identiques à ceux de la Charte. Mais il les déborde aussi parce que leur champ d'application peut être plus large. Il en ressort une force des droits fondamentaux dans l'Union européenne qui est le cadre de son application.

L'importance du droit de l'Union européenne en droit pénal s'observe aussi dans les références qui lui sont faites par la chambre criminelle. Ces références ne sont pas seulement celles des traités et autres instruments dérivés. Elles mentionnent fréquemment, comme l'a montré Mme la Professeure Haritini Matsopoulou, les arrêts de la CJUE, lesquels expliquent et influencent le droit pénal mis en œuvre par la chambre criminelle.

L'importance du droit de l'Union européenne en droit pénal s'incarne enfin dans les récents règlements de l'Union européenne en matière pénale qui sont applicables directement dans les États membres comme le règlement n° 2018/1805 du 14 novembre 2018 concernant la reconnais-

sance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation qui est excellemment analysé par Mme la Professeure Raphaëlle Parizot.

Ce panorama presque exhaustif sur la présence du droit de l'Union européenne en droit pénal révèle l'évolution de leurs rapports, passés d'une juxtaposition à une modification et même à la création d'un ordre juridique pénal de l'Union européenne.

## I. La modification du droit pénal par le droit de l'Union européenne

La modification du droit pénal par le droit de l'Union européenne intervient directement quand le droit de l'Union européenne crée positivement des normes pénales qui se substituent ou changent les dispositions pénales internes. Cette création positive découle des compétences pénales de l'Union européenne, lesquelles sont déterminées par les articles 82 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces compétences portent sur la coopération judiciaire pénale, le droit pénal de fond et la procédure pénale. Certes, les compétences de fond et de procédure sont moindres que celle sur la coopération judiciaire pénale, laquelle relève intégralement du droit de l'Union européenne pour les relations entre États membres. Cette compétence de l'Union dans le domaine de la coopération judiciaire pénale a modifié celle-ci puisqu'elle lui a substitué des instruments propres. C'est le mandat d'arrêt européen qui a remplacé l'extradition ou la décision d'enquête européenne, exposée par Mme la Professeure Jocelyne Leblois-Happe, qui en a fait de même avec les demandes d'entraide judiciaire aussi appelées, dans le vocabulaire judiciaire français, commissions rogatoires internationales. Ces modifications n'ont certes pas commencé avec le traité de Lisbonne, puisqu'elles remontent à l'intégration de la coopération judiciaire pénale dans les compétences de l'Union européenne, qui fut le fait du traité de Maastricht. Elle s'était améliorée avec le traité d'Amsterdam qui avait doté la coopération judiciaire pénale d'instruments plus efficaces comme la décision-cadre. C'est une décision-cadre qui a créé le mandat d'arrêt européen devenu le symbole de la réussite de l'Union européenne dans la coopération judiciaire pénale. Cette amélioration a encore été accrue avec le traité de Lisbonne, qui a fait rele-

ver la coopération judiciaire pénale des instruments de droit commun de l'Union européenne. Les directives et les règlements lui sont désormais applicables. C'est une directive qui a créé la décision d'enquête européenne et un règlement qui régit le gel et la confiscation dans l'Union européenne. C'est en pratique l'ensemble ou presque de la coopération judiciaire pénale qui fait l'objet de règles propres dans l'Union européenne. Ces règles ont été créées par des instruments juridiques européens. Elles ont remplacé les mécanismes de droit commun et ont ainsi modifié le droit de la coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne.

La modification est certes de moindre portée en droit pénal de fond et de procédure pénale. Cette moindre portée découle de la compétence de l'Union européenne dans ces domaines qui n'a pas la même généralité. Prévues dans le chapitre du TFUE sur la coopération judiciaire, la compétence de fond et de procédure se limite à l'établissement de « règles minimales ». Nonobstant cette limitation, l'Union européenne a pris des dispositions qui ont conduit à des changements substantiels en droit pénal et en procédure pénale. Les infractions entrant dans les compétences de l'Union sont très largement régies par celle-ci. La répression du blanchiment, de la contrefaçon de l'euro, de la corruption dans le secteur privé ou des abus de marché a été modifiée pour la mettre en conformité avec le droit européen. Les directives en matière de procédure pénale ont pareillement conduit à des modifications textuelles d'importance comme la mention dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale du droit de la personne suspectée ou poursuivie à l'assistance d'un interprète et à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense. Le plus remarquable est que ces modifications sont générales, au sens où leur application n'est pas limitée aux affaires avec un autre État membre. La répression du blanchiment issue de la Directive (UE) 2018/1673 s'applique aussi aux blanchiments strictement nationaux et aux blanchiments transnationaux dans des États non-membres de l'Union européenne. Le droit à l'assistance d'un interprète et à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de la défense profite à l'ensemble des personnes suspectes ou poursuivies en France sans qu'il importe qu'elles ne soient pas ressortissantes ou résidentes dans un État membre.

Le droit pénal peut aussi être modifié indirectement par le droit de l'Union européenne quand celui-ci inspire ou provoque cette modification alors même qu'il ne la prévoit pas. La liberté de circulation dans l'Union européenne a conduit, par exemple, à la création d'un nouveau cas de refus d'extradition quand la personne réclamée par un État tiers est un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne<sup>1</sup>. La préservation des droits du propriétaire de bonne foi d'un bien qui est l'instrument ou le produit direct ou indirect d'une infraction a été formellement fondée sur une interprétation de la directive 2014/42/UE du 3 avril 2014<sup>2</sup>. C'est un arrêt de la CJUE du 5 avril 2015 qui est à l'origine du revirement de jurisprudence sur la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société anonyme absorbante<sup>3</sup>. Le droit de l'Union européenne peut donc être la cause de changements du droit pénal par un effet d'influence découlant des domaines qu'il régit. Les solutions applicables dans ces domaines se répercutent sur le droit pénal qui leur est proche, lequel en est modifié.

## II. La création d'un ordre juridique pénal de l'Union européenne

L'attribution de compétences pénales à l'Union européenne n'a pas seulement produit des effets externes sur le droit pénal des États membres. Elle a eu un effet interne consistant dans la création d'un ordre juridique pénal propre à l'Union européenne qui intègre les domaines de la compétence pénale européenne.

Cet ordre juridique pénal produit des principes et des solutions qui s'appliquent dans ces domaines et peuvent, de ce fait, les différencier de l'ensemble du droit pénal. Le principe *Ne bis in idem* prévu par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux ne s'applique qu'à la condition que la situation en cause relève du droit de l'Union. Il s'ensuit que la règle *ne bis in idem* connaît une application différenciée du droit commun quand les faits en cause entrent dans son champ d'application. La transmission de la

responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante concerne les seules sociétés anonymes, de sorte que les sociétés de personnes demeurent *a priori* soumises au principe inverse. Son extension à celle-ci n'est pas requise par le droit de l'Union européenne.

L'ordre juridique pénal de l'Union européenne s'incarne dans des actes qui lui sont propres. Le mandat d'arrêt européen, la décision d'enquête européenne, la décision de gel ou la décision de confiscation sont des actes pris en application des instruments afférents et qui ne produisent d'effets que dans l'Union européenne. Un mandat d'arrêt européen ne vaut ainsi que dans les autres États membres de même que les autres actes de coopération judiciaire pénale mis en place dans l'Union européenne. Les juridictions nationales interviennent dans cet ordre juridique quand elles sont saisies de l'application de ces actes.

L'ordre juridique pénal de l'Union européenne se manifeste enfin par des institutions qui en permettent la mise en œuvre. Eurojust a ainsi pour mission de veiller au bon fonctionnement des instruments appliquant le principe de reconnaissance mutuelle. La CJUE unifie les interprétations des notions prévues par les actes créés par ces instruments pour leur conférer une uniformité d'application dans l'ensemble des États membres. Le parquet européen en est l'exemple le plus récent, lequel agit dans les seuls États membres qui l'ont mis en place et dont les actes et décisions prennent place dans un ordre juridique propre. C'est ce qui explique que ces actes et décisions peinent à être reconnus en dehors des États membres concernées. La Suisse a, par exemple, déclaré qu'elle ne reconnaissait pas le parquet européen comme une autorité judiciaire nationale au sens de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959. C'est sans doute l'enjeu pour l'avenir de cet ordre juridique pénal européen, lequel porte sur sa capacité à produire des effets en dehors de l'Union européenne pour se substituer pleinement aux ordres juridiques nationaux dans l'ordre juridique international.

1. V. CJUE, gde ch., 6 sept. 2016, *Petruhhin*, n° C-182/15.

2. Crim., 26 janv. 2022, n° 21-81.053.

3. Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955.

# Perspectives

## Analyse économique du droit

---

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

---

Analyse économique du droit :  
bilan et prospective

*Yannick Gabuthy*

p. 118

Libres réflexions sur l'« École de Montréal »

*Ejan Mackaay*

p. 122

Pluralisme et multivalence en analyse  
économique du droit

*Pierre Larouche*

p. 126

De la nécessité du dialogue interdisciplinaire  
pour repenser l'entreprise

*Bruno Deffains*

p. 130

Remettre les incitations au centre  
de la réflexion juridique

*Régis Lanneau*

p. 138

# Perspectives

## Analyse économique du droit

---

### Analyse économique du droit : bilan et prospective

**Yannick Gabuthy**

Professeur en sciences économiques à l'Université  
de Lorraine

Membre du BETA (CNRS, Université de Strasbourg,  
Université de Lorraine)

*« Les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque »<sup>1</sup>*

L'analyse économique du droit consiste à utiliser les outils et critères de jugement des économistes afin d'étudier des questions relevant de la sphère juridique. Il s'agit de comprendre comment les individus réagissent à l'environnement juridique, afin d'analyser l'émergence des règles de droit et d'évaluer leur pertinence. L'intérêt des économistes pour le droit est ancien et s'incarnerait notamment déjà chez Adam Smith, qui enseignait la jurisprudence dans le cadre de son cours de philosophie morale à l'université de Glasgow, ou encore chez David Hume, à travers son approche des notions de justice et de propriété.

L'originalité du programme de recherche en économie du droit est incontestablement liée à sa double appartenance disciplinaire, qui inscrit par nature ce champ d'analyse dans un double mouvement. De l'économie vers le droit tout d'abord puisqu'il s'agit d'enrichir le raisonnement juridique par des considérations économiques. Ce mouvement n'est pas récent et

s'avère notamment implicite dans la construction du Code civil de 1804 qui, comme le souligne Jean-François Niort, fournit au libéralisme économique sa traduction juridique<sup>2</sup>. De manière plus contemporaine, l'apport de la science économique à l'étude du droit réside essentiellement dans la mise à disposition d'un corpus analytique permettant d'appréhender les effets du cadre juridique sur les comportements. La conceptualisation économique repose sur l'idée que l'individu se saisit de la règle de droit suivant un processus d'optimisation afin d'en faire le support de son comportement et des objectifs qu'il poursuit, en tenant compte des contraintes auxquelles il est confronté : l'individu est supposé réagir aux prix implicites contenus dans les règles juridiques tout comme le consommateur réagit aux prix explicites du marché. Autrement dit, l'économiste considère que l'environnement juridique est vecteur d'incitations dont l'analyse est nécessaire à la compréhension des implications positives comme négatives de cet environnement, dans l'optique d'en améliorer potentiellement le fonctionnement. Il faut néanmoins noter que l'économiste du droit ne prétend en aucune manière imposer ses critères d'évaluation à la discipline juridique dans la mesure où son ana-

---

1. B. Oppetit, « Droit et économie », *APD* 1992, p. 17-26.

2. J.-F. Niort, « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *APD* 1992, p. 101-119.



lyse s'enrichit également de cette discipline à travers un mouvement du droit vers l'économie. L'objectif est notamment d'identifier le rôle de l'environnement institutionnel dans les performances économiques en termes d'allocation des ressources. Il apparaît en effet difficile d'élaborer une approche économique robuste et réaliste sans prendre en compte le contexte juridique dans lequel les agents évoluent. Pouvons-nous imaginer que le fonctionnement du marché du travail ne soit pas influencé par les décisions des tribunaux en matière de licenciement, ou que les décisions de production des entreprises ne dépendent pas des règles imposées par le droit de la concurrence ?

De manière générale, suivant une dimension à la fois positive et normative, l'objectif de l'économie du droit est de renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques, et ainsi de permettre à la science économique de contribuer à l'élaboration de règles juridiques adaptées aux réalités économiques et sociales. Les analyses développées sont ainsi susceptibles d'enrichir l'élaboration des politiques publiques en évitant l'écueil consistant à considérer la règle de droit comme une norme édictée par le politique dont l'application suivrait un processus déterministe : les individus appréhendent l'environnement juridique suivant les objectifs qui sont les leurs et l'étude de ces comportements est nécessaire à la compréhension des effets de cet environnement sur les décisions individuelles. L'examen des normes juridiques par le prisme de l'analyse économique est ainsi vecteur d'informations pour le législateur et le juge, ce qui doit permettre d'améliorer la qualité du droit.

Les domaines d'application sont historiquement nombreux. Par exemple, suivant l'approche pionnière de Calabresi, le droit de la responsabilité civile peut être considéré comme un méca-

nisme d'incitation à la prudence visant à encourager l'adoption de mesures de précaution, au-delà de sa seule fonction d'indemnisation<sup>3</sup>. Sur cette base, les différents régimes de responsabilité peuvent être comparés à l'aune de leur efficacité économique, à savoir leur capacité à réduire le « coût social » des accidents (défini comme le coût cumulé des dommages et des mesures de précaution mises en œuvre pour les éviter)<sup>4</sup>. En matière pénale, nous pouvons également évoquer l'approche de Becker sur les comportements criminels<sup>5</sup>, selon laquelle la décision individuelle de se livrer à une activité délictuelle résulterait d'un calcul coût-bénéfice induit par le système pénal : les gains associés à l'activité criminelle sont comparés par l'individu aux pertes encourues en cas de sanction, l'effet dissuasif de la politique pénale étant la conséquence d'un accroissement de ces pertes (à travers une augmentation de la détection des infractions et/ou de la sévérité des sanctions). Sur cette base, l'efficacité de la politique pénale repose sur la minimisation du coût social des activités délictuelles, considéré comme la somme du coût de fonctionnement du système pénal et du coût des infractions commises malgré la dissuasion qu'il instaure. Nous pouvons enfin évoquer l'analyse économique de la résolution des litiges, sur la base des travaux précurseurs de Gould<sup>6</sup>, Landes<sup>7</sup> et Posner<sup>8</sup>, dont l'objectif est d'étudier l'émergence, le déroulement et l'issue des conflits en matière civile. Le litige qui est à l'origine de l'action en justice peut notamment être consécutif à un accident ou à une transaction commerciale : le demandeur affirme avoir été victime d'un préjudice occasionné par le défendeur et prétend faire reconnaître son droit à recevoir une compensation financière de la part de ce dernier. Les auteurs mettent alors l'accent sur les incitations des parties à aller au procès alors qu'une transaction amiable permettrait de dégager un surplus

3. G. Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

4. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007, souligne cet isomorphisme entre concepts économiques et juridiques dans le contexte du droit civil : dans son activité jurisprudentielle, le juge de cassation complète la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction de l'intérêt général, ce qui s'apparente à la recherche de la solution collectivement optimale (G. Canivet, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA* 2005, n° 99, p. 23-27).

5. G. Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », *Journal of Political Economy* 1968, n° 76, p. 169-217.

6. J. Gould, « The Economics of Legal Conflicts », *Journal of Legal Studies* 1973, n° 2, p. 279-300.

7. W. Landes, « An Economic Analysis of the Courts », *Journal of Law and Economics* 1970, n° 14, p. 61-107.

8. R. Posner, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *Journal of Legal Studies* 1973, n° 2(2), p. 399-458.

par rapport au jugement, ce surplus étant lié aux coûts du procès subis par les parties. Suivant une logique « coasienne », les protagonistes auraient simplement à prendre conscience de l'existence de ce surplus et à se le partager afin d'atteindre une solution mutuellement avantageuse<sup>9</sup>. Contrariant cette logique, les analyses économiques ultérieures fondées sur la théorie des jeux ont notamment permis d'identifier le rôle déterminant des asymétries d'information existantes entre les parties dans l'adoption de comportements stratégiques aboutissant à un échec des négociations préalables au procès ou à certaines inefficacités lors de la procédure contentieuse : la détention d'informations privées est fréquente en pratique, puisque le demandeur peut être mieux à même d'évaluer l'ampleur du préjudice subi et le défendeur détenir davantage d'éléments quant à sa responsabilité éventuelle<sup>10</sup>. Ces asymétries informationnelles sont naturellement susceptibles de donner lieu à des décisions opportunistes de la part des justiciables. La compréhension analytique de ces comportements a permis d'aborder diverses problématiques relatives à la charge de preuve, à l'occurrence d'erreurs judiciaires, à la prise de décision des juges ou encore au rôle potentiel de tiers (avocats et/ou experts) intervenant lors du contentieux. Sur un plan normatif, les enjeux économiques et sociaux de ces questionnements sont potentiellement importants puisqu'ils renvoient fondamentalement à la question de l'efficacité du système judiciaire<sup>11</sup>.

Même si la pertinence de ces approches est empiriquement avérée, les économistes ont pris conscience du fait que l'effectivité du droit ne se limitait pas aux incitations explicites, et notamment d'ordre monétaire, qu'il était à même d'instaurer. Certains travaux récents relevant de l'économie comportementale montrent que le droit peut avoir une « valeur expressive » en véhiculant un contenu moral ou informationnel contribuant à son respect indépendamment des incitations qui y sont associées<sup>12</sup>. L'étude de Nyborg et Rege montre, par exemple, que l'interdiction de fumer dans les lieux publics norvégiens, intervenue en 1988, a progressivement entraîné des changements de comportement importants dans des lieux n'étant pourtant pas soumis à cette réglementation<sup>13</sup>. La règle juridique contribue ainsi à forger la norme orientant les comportements individuels, quelle que soit la nature des incitations matérielles associées à cette règle. L'enquête récente de Galbiati et *alii* sur la perception des mesures de confinement liées à la crise sanitaire est particulièrement illustrative à cet égard<sup>14</sup>. Les auteurs montrent en effet que l'annonce des règles de confinement par Boris Johnson le 23 mars 2020 a conduit à un changement radical de la perception individuelle de la norme sociale vis-à-vis des mesures de distanciation en Grande-Bretagne : la propension des personnes interrogées à estimer que ces mesures faisaient l'objet d'une adhésion collective a significativement augmenté suite aux déclarations du Premier ministre. Sur la base de

9. R. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 1960, n° 3, p. 1-44.

10. La théorie des jeux est un outil d'analyse des interactions sociales dont l'objectif est de modéliser et comprendre les comportements individuels sous-jacents à ces interactions. De très nombreuses situations économiques et sociales peuvent être appréhendées par cet outil, comme la concurrence entre firmes, les relations de travail ou encore le commerce international. Le lecteur peut notamment se référer à l'ouvrage introductif de S. Béal et Y. Gabuthy pour un aperçu de cet outil (S. Béal et Y. Gabuthy, *Théorie des jeux coopératifs et non coopératifs. Application aux sciences sociales*, De Boeck, 2018).

11. V. A. Daughety et J. Reinganum qui présentent une synthèse de la littérature sur ces questions : A. Daughety et J. Reinganum, « Settlement and Trial », in F. Parisi (dir.) *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Oxford University Press, 2017, p. 229-246.

12. C. Fluet et R. Galbiati, « Lois et normes : les enseignements de l'économie comportementale », *L'Actualité économique* 2016, n° 92, p. 191-215. L'économie comportementale est un champ d'analyse issu notamment des travaux précurseurs de Richard Thaler, récipiendaire du « prix Nobel d'économie » en 2017, qui vise à prendre en compte les déterminants psychologiques, émotionnels et cognitifs des comportements économiques afin de les expliquer de manière plus pertinente. Le lecteur peut consulter l'ouvrage de Y. Gabuthy et *al.* pour saisir les implications potentielles de l'économie comportementale en termes d'élaboration des politiques publiques (Y. Gabuthy, O. L'Haridon et N. Jacquemet, *Économie comportementale des politiques publiques*, La Découverte, 2021).

13. K. Nyborg et M. Rege, « On Social Norms : The Evolution of Considerate Smoking Behavior », *Journal of Economic Behavior and Organization* 2003, n° 52, p. 323-340.

14. R. Galbiati, E. Henry, N. Jacquemet et M. Lobeck, « How law affects the perception of norms: Empirical evidence from the lockdown », préc.

ces analyses, il est fort probable que l'économie du droit devrait s'enrichir dans les prochaines années des enseignements d'autres disciplines, telles que la psychologie, afin d'appréhender de manière plus pertinente les effets de l'environnement juridique sur les comportements. Dans cette optique, nous pouvons anticiper un recours croissant à la méthode expérimentale, traditionnelle en économie, consistant à recréer en laboratoire, dans un contexte contrôlé et reproductible, la situation que le chercheur souhaite étudier de manière à analyser les décisions individuelles au sein de ce contexte. L'approche expérimentale, clairement exposée dans l'ouvrage d'Eber et Willinger, permet précisément d'identifier les ressorts psychologiques et cognitifs des décisions et devrait constituer, à ce titre, un outil de recueil de données et d'étude des comportements particulièrement précieux en économie du droit<sup>15</sup>. Les comportements des acteurs du monde juridique sont en effet particulièrement difficiles à analyser sur le terrain : la confidentialité est souvent de mise en la matière et le

contexte juridique que le chercheur souhaiterait étudier n'est parfois pas aisé à observer dans le monde réel. Au-delà de ces considérations méthodologiques, l'analyse de l'évolution du monde du droit face à la transformation numérique, liée notamment au développement des algorithmes, des plateformes, de la blockchain ou encore de l'Intelligence Artificielle<sup>16</sup>, devrait donner lieu à des investigations de plus en plus approfondies<sup>17</sup>. Les questions sont multiples, s'agissant du fonctionnement du marché du droit, des professions juridiques (avocats, juges,...) et du système judiciaire, dans la mesure où l'essor des nouvelles technologies devrait modifier non seulement la manière d'exercer le droit mais également l'appréhension que pourraient en avoir les justiciables. Ces évolutions devront amener l'économiste (du droit) à repenser son cadre conceptuel sur la base des outils d'analyse et critères d'évaluation qui sont traditionnellement les siens et qui ont été succinctement illustrés dans cette note.

---

15. N. Eber et M. Willinger, *L'économie expérimentale, La Découverte*, 2012.

16. La notion de « legaltech » est souvent utilisée pour caractériser l'usage des nouvelles technologies afin de fournir des produits ou services relatifs au droit et à la justice.

17. B. Deffains, « L'impact économique des legaltechs sur le marché du droit », *Enjeux numériques. Les Annales des Mines* 2018, n° 3, p. 20-27; « Le monde du droit face à la transformation numérique », *Pouvoirs* 2019, n° 3, p. 43-58.

# Perspectives

## Analyse économique du droit

### Libres réflexions sur l'« École de Montréal »

Ejan Mackaay

Professeur émérite de l'Université de Montréal

Le 26 mai 2022, le Centre de recherche en droit public (CRDP), de l'Université de Montréal, a célébré son soixantenaire. Le CRDP a été le premier centre de recherche en droit au Canada et, pendant longtemps, le plus grand du pays. Partant d'un foyer initial de droit constitutionnel, les chercheurs du centre ont progressivement élargi leurs visées vers un éventail d'autres thèmes, comme le droit de la santé, le droit et la biogénétique et l'environnement, le droit de l'enseignement supérieur, le droit de l'information, le droit du cyberspace, le droit et les nouvelles technologies, et j'en passe, pour œuvrer sous le thème fédérateur de « Justice et changements ».

À l'occasion du soixantenaire, le Nestor des chercheurs du CRDP, Guy Rocher, 98 ans, a été mis en vedette, alors qu'il venait de compléter son traité de sociologie du droit<sup>1</sup>. À cette occasion, on s'est interrogé sur le fil conducteur<sup>2</sup> reliant les recherches au CRDP et auquel la pen-

sée de Guy Rocher a pu contribuer. Dans le discours du directeur, à l'occasion du quarantenaire du CRDP, en 2002, je m'étais déjà interrogé sur le sujet, concluant que les chercheurs du CRDP, en s'investissant dans un domaine, visent : d'une part, à inventorier ce qui y a été légiféré, jugé, écrit; d'autre part, à repenser le domaine et à proposer une nouvelle conception, une nouvelle synthèse, basée sur une solide compréhension de la théorie du droit; enfin, à asseoir cette conception du droit dans son contexte social par des recherches interdisciplinaires.

Dans une publication parue en 2019, Vincent Gautrais, alors directeur du CRDP, a donné à ce fil conducteur le nom d'« École de Montréal »<sup>3</sup>. L'emploi du terme « école » n'est pas neutre. « École de pensée » se dit d'un groupe de chercheurs qui adoptent une approche commune, incluant des prémisses théoriques partagées sur ce qu'il convient de rechercher dans un domaine et sur les façons de le faire<sup>4</sup>. Dans l'ouvrage

1. G. Rocher, *Traité de sociologie du droit et des ordres juridiques*, 1<sup>re</sup> éd., Éditions Thémis, 2022. Sur le soixantenaire du CRDP, V. <https://www.crdp.umontreal.ca/nouvelles/2022/05/12/60-ans-fonds-et-ouvrage-guy-rocher/>.
2. Karim Benyekhlef parle d'un « fil d'Ariane » (K. Benyekhlef, « Autour de l'École de Montréal », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, Éditions Thémis, 2019, p. 19 (disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/02-K-Benyekhlef-1.pdf>).
3. V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, op. cit. (disponible en ligne : <https://www.lex-electronica.org/en/articles/volume-24-2019-volume-24-numero-1/>). L'idée avait déjà été évoquée auparavant : V. Gautrais, « Normativités et droit du technique », in S. Rousseau (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Éditions Thémis, 2015, p. 340, note 103.
4. E. Mackaay, « Schools and Approaches », in B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 1, Edward Elgar, 2000, p. 402 (disponible en ligne : <https://reference.findlaw.com/lawandconomics/0500-schools-and-approaches.pdf>) : « A school of thought in scientific endeavour is a group of thinkers who adopt a common approach, including shared theoretical premises, on how and what to research in a particular field. The term is also used as shorthand for the ideas those thinkers defend. »

dirigé par Vincent Gautrais, Karim Benyekhlef, lui aussi ancien directeur du CRDP, s'est penché sur la question de savoir s'il y a lieu de parler d'une École de Montréal et quels en seraient les paramètres<sup>5</sup>. Dans l'une de ses conclusions, Karim Benyekhlef déplore l'absence de dialogue (« deux solitudes ») entre les tenants de l'École (surtout portés sur les liens entre le droit et la sociologie et l'anthropologie) et ceux qui pratiquent l'analyse économique du droit<sup>6</sup>. Je voudrais réfléchir ici, en me servant de l'édition 2021 de notre livre sur l'analyse économique du droit<sup>7</sup>, sur ce qu'un tel dialogue aurait pu faire ressortir, en passant en revue différents piliers de l'édifice de l'École.

Un élément rassemblant les chercheurs recensés est leur scepticisme à l'égard du positivisme juridique et l'acceptation du pluralisme juridique. Le positivisme considère le droit comme constitué exclusivement de normes énoncées par des autorités spécialement habilitées à le faire (législateur, pouvoir exécutif, magistrature), où chaque norme tire sa légitimité d'une autorisation contenue dans une norme de niveau supérieur. À l'encontre de cette conception, on pointe vers des ensembles de normes – des ordres juridiques – émergeant d'autres acteurs ou groupes et qui régissent effectivement la coordination d'actions des personnes qui y sont soumises.

Que l'on songe à ceux établis dans des clubs, banques, hôpitaux, universités, entreprises, bureaucraties et autres, mais aussi aux ordres juridiques au sein des Premières Nations au Canada<sup>8</sup>. La compatibilité entre ces ordres juridiques peut poser des problèmes délicats de gestion<sup>9</sup>. La problématique est connue sous le nom d'*internormativité*.

Le pluralisme d'ordres juridiques ne pose pas de problème particulier pour une analyse économique du droit, comme le montrent, par exemple, une étude désormais classique de 1991 de R. C. Ellickson<sup>10</sup> sur la gestion des terres, ainsi qu'une étude récente de K. Pistor sur l'univers mondial des actifs dérivés<sup>11</sup>. Une telle conception n'implique nullement, cependant, qu'il faille se détourner de l'étude du droit positif. Le point de vue de J.-G. Belley, selon le compte rendu qu'en fait K. Benyekhlef, le reflète bien : « le droit ne peut être présent que dans une structure hiérarchique et ne peut être le produit que d'une volonté ou d'une intention humaine dirigée par la raison »<sup>12</sup>. Le droit positif fait indubitablement partie du bagage institutionnel, légué par les Lumières, qui encadre la croissance spectaculaire<sup>13</sup>, jamais vue auparavant dans l'histoire de l'humanité, que les humains ont su créer, puis diffuser depuis environ deux siècles et demi<sup>14</sup>. Il paraît de même un prérequis essentiel à la

- 
5. K. Benyekhlef, « Autour de l'école de Montréal », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, op. cit., p. 17-33 (disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/02-K-Benyekhlef-1.pdf>).
  6. K. Benyekhlef, « Autour de l'école de Montréal », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, op. cit., p. 33 et p. 28 (disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/02-K-Benyekhlef-1.pdf>); J.-F. Gaudreault-Desbiens, « Ejan Mackaay, alt-civiliste » in S. Rousseau (dir.), *Juristes sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, op. cit., p. 107, relève une absence générale de conversation entre juristes et scientifiques des sciences sociales dans la francophonie.
  7. E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz-Sirey et Éditions Thémis, 2021.
  8. G. Otis, J. Leclair et S. Thériault (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, Routledge, 2022.
  9. J. Leclair, « Parameters of action in a context of legal pluralism », in G. Otis, J. Leclair et S. Thériault (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, op. cit., p. 64-160. G. Otis, « The management of legal pluralism. Processes, parameters for action, and effects », in G. Otis, J. Leclair et S. Thériault (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, op. cit., p. 7, souligne l'intérêt d'une reconnaissance par l'État (et dans le droit étatique) des pratiques normatives au sein des Premières Nations.
  10. R. C. Ellickson, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991.
  11. K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019.
  12. K. Benyekhlef, « Autour de l'École de Montréal », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, op. cit., p. 24.
  13. La richesse disponible a cru de l'ordre de 3000 % en Occident, et jusqu'à 10000 % ailleurs : D. N. McCloskey et A. Carden, *Leave Me Alone and I'll Make You Rich. How the Bourgeois Deal Enriched the World*, University of Chicago Press, 2020. Sur tout un éventail d'indices, le bien-être des humains s'est amélioré spectaculairement : S. Pinker, *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*, Viking, 2018, p. 322-326. Pour une présentation très accessible, V. T. G. Palmer et M. Warner, *Development with Dignity: Self-determination, Localization, and the End to Poverty*, Routledge, 2022.
  14. Pour un excellent résumé de la vaste littérature sur le sujet, V. M. Koyama et J. Rubin, *How the World Became Rich: The Historical Origins of Economic Growth*, Wiley, 2022.

décroissance régulière de la violence à tous les niveaux qu'a documentée S. Pinker<sup>15</sup>.

Il faut regarder le droit dans son contexte social, c'est-à-dire étudier les effets sociaux du droit. Pour cela, le juriste doit faire appel au savoir-faire des sciences sociales : *l'interdisciplinarité*. J. Elster a insisté sur l'unité essentielle des sciences sociales<sup>16</sup>. Il n'y a pas de chasse gardée de domaines à étudier par telle science sociale à l'exclusion des autres. La culture, parfois considérée comme réservée aux sociologues, joue un rôle essentiel dans les travaux des économistes-historiens M. Koyama et J. Rubin<sup>17</sup>. Il en va de même du phénomène du pouvoir et du colonialisme<sup>18</sup>. L'analyse économique du droit permet d'exprimer la finalité des règles du droit positif, d'en examiner l'effectivité, de même que de concevoir des règles alternatives et d'en étudier les effets.

L'approche économique insiste sur *l'individualisme méthodologique*. Suivant celui-ci, on doit expliquer tout phénomène social ultimement en remontant à des décisions individuelles et à leur composition<sup>19</sup>. La description des phénomènes collectifs comme ayant une autonomie d'action constitue un raccourci provisoire, en attendant qu'une décomposition plus poussée soit construite. La théorie des jeux rend d'excellents services sur ce point<sup>20</sup>.

L'approche économique insiste sur un autre pilier de notre édifice : le modèle du *choix rationnel*. La thèse du choix rationnel impute un comportement prévisible aux humains. Cela permet de construire des modèles de la façon dont leurs interactions vont se dérouler. La recherche récente a bien montré que, sur un certain nombre de points, le choix rationnel ne correspond pas à la façon dont le cerveau humain arrive à décider dans les faits<sup>21</sup>. Le courant de la *Behavioral (Law and) Economics* rassemble les travaux sur cette question. Les déviations de la rationalité peuvent être exploitées par des personnes peu scrupuleuses et, pour cette raison, donner lieu à des mesures protectrices. Faut-il pour autant abandonner le modèle du choix rationnel ? Non. D. Kahneman, prix Nobel en 2002, qui a beaucoup contribué à ces recherches et les résume dans un livre récent<sup>22</sup>, explique dans une entrevue avec la BBC l'extraordinaire complexité et les vastes quantités de données empiriques nécessaires auxquelles on ferait face en voulant tenir compte en pratique de chaque déviation de la rationalité qu'opère notre esprit<sup>23</sup>. En outre, l'idée de rationalité a un fort attrait normatif<sup>24</sup> : nous *voulons* être rationnels, ce qui semble conforme à l'héritage des Lumières, déjà évoqué. Alors, utilisons toujours le modèle du choix

- 
15. S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Viking, 2011 ; S. Pinker, « 2014 Update: Has the Decline of Violence Reversed since The Better Angels of Our Nature was Written ? », 2014 (disponible en ligne : [https://stevenpinker.com/files/pinker/files/has\\_the\\_decline\\_of\\_violence\\_reversed\\_since\\_the\\_better\\_angels\\_of\\_our\\_nature\\_was\\_written.pdf](https://stevenpinker.com/files/pinker/files/has_the_decline_of_violence_reversed_since_the_better_angels_of_our_nature_was_written.pdf) ; <http://stevenpinker.com/pages/frequently-asked-questions-about-better-angels-our-nature-why-violence-has-declined>). Sur les prérequis, V. D. Acemoglu et J. A. Robinson, *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty*, Penguin Random House, 2019.
16. J. Elster, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2015.
17. M. Koyama et J. Rubin, *How the World Became Rich: The Historical Origins of Economic Growth*, Wiley, 2022, p. 15 et p. 66 et s. Adde D. Acemoglu et J. A. Robinson, « Culture, Institutions and Social Equilibria: A Framework », *NBER Working Paper*, n° w28832, 2021 (disponible en ligne : <https://economics.mit.edu/files/21505>).
18. M. Koyama et J. Rubin, *How the World Became Rich: The Historical Origins of Economic Growth*, op. cit., p. 49 et s., et, pour ce qui est du colonialisme, p. 104 et s.
19. E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 46-47 ; J. Elster, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, op. cit., p. 6-7.
20. E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 71-117 ; J. Elster, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, op. cit., p. 308-334 ; S. Pinker, *Rationality: What It Is, Why It Seems Scarce, Why It Matters*, Allen Lane, 2021, p. 227-244.
21. E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 36-46. C. Régis le relève dans le collectif sur l'École de Montréal : C. Régis, « L'approche psychologique du droit : pour mieux comprendre les étincelles de folie et de sagesse », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, op. cit., p. 203-218 (disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/15-C-Régis.pdf>). S. Pinker, *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*, op. cit., p. 353 : « no Enlightenment thinker ever claimed that humans were consistently rational ».
22. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Doubleday Canada et Allen Lane, 2011.
23. L'entretien de D. Kahneman avec C. Hammond à la BBC est disponible en ligne : <https://www.bbc.co.uk/programmes/p00mnmj2>
24. J. Elster, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, op. cit., p. 255 ; S. Pinker, *Rationality: What It Is, Why It Seems Scarce, Why It Matters*, op. cit., p. 319 et p. 340 ; S. Pinker, *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*, op. cit., p. 353.

rationnel comme première approche des décisions humaines et raffinons-le seulement lorsque les déviations importantes l'imposent.

Vive l'École de Montréal ! Puisse-t-elle désormais faire partie intégrante de la doctrine juridique !

# Perspectives

## Analyse économique du droit

---

### Pluralisme et multivalence en analyse économique du droit

**Pierre Larouche**

Professeur à l'Université de Montréal

Une des principales difficultés de toute entreprise interdisciplinaire découle de la vitalité et du dynamisme respectif des disciplines en présence. Ceux et celles qui se sont lancés dans l'aventure d'étendre leurs recherches à une autre discipline ont tous vécu une phase de déception initiale : alors qu'on attendait des réponses claires et univoques de la nouvelle discipline, celle-ci se révèle tout en relief et en mouvement, avec ses fondements, ses controverses, ses zones d'ombre, ses fronts d'activité et ses zones inexplorées. Le plus souvent, les grandes questions, dont la difficulté amène le chercheur à se tourner vers l'interdisciplinarité, s'avèrent tout aussi complexes pour la communauté scientifique de l'autre discipline. Au lieu de pistes de solution, le recours à l'interdisciplinarité amène un jeu de questions additionnelles qui à première vue ne semble qu'éloigner le chercheur de son objectif.

Pourtant, une fois la déception initiale surmontée, on s'aperçoit qu'en définitive, la vitalité et le dynamisme de l'autre discipline permettent d'approfondir et d'enrichir la réflexion dans la discipline de départ, en y ajoutant des dimensions supplémentaires, au lieu de fournir la réponse péremptoire à laquelle on s'attendait initialement. C'est là le vrai apport de l'interdisciplinarité, qui exige toutefois un effort considé-

rable pour réussir à se hisser à un niveau de connaissances où la validité et le dynamisme de l'autre discipline sont perceptibles.

Dans les paragraphes qui suivent, j'aimerais esquisser une analyse de l'évolution des rapports entre le droit et l'économie – dans le cadre de la communauté interdisciplinaire se réclamant de l'« analyse économique du droit (AÉD) » ou du « *law and economics* »<sup>1</sup> – qui tienne compte, à une échelle plus grande, de ce processus de découverte mutuelle de l'autre discipline et de la vitalité et du dynamisme de chaque discipline.

Au départ de l'AÉD moderne, il y a 60 ans aux États-Unis, l'économie néo-classique est en plein essor. Dès lors, c'est compréhensible que l'apport de la science économique à l'AÉD des années 1960 et 1970 suive une perspective néo-classique. Les fondements théoriques et méthodologiques du néo-classicisme reposent sur un rejet presque viscéral de l'historicisme qui prévalait auparavant. L'historicisme présupposait que la situation et la performance économique de chaque entité (macro)économique – typiquement, un État – soit fonction de facteurs propres à cette entité, ce qui amenait une méthodologie plutôt descriptive et qualitative, axée sur le développement historique. Le néo-classicisme – qui s'inscrit en ce sens dans la continuité scientifique

---

1. Je laisse de côté pour les fins de cette contribution la question de l'adéquation entre l'analyse économique du droit et le « *law and economics* ».



du xx<sup>e</sup> siècle – aspire plutôt à faire de l'économie une science à part entière, à l'instar des sciences naturelles. Il s'agit alors d'amener la science économique vers une théorie plus globale, d'application *a priori* universelle, qui reposerait sur l'emploi de modèles mathématiquement formalisés pour tenter de comprendre la réalité. Quant à la méthodologie, comme l'exprime Friedman dans un article célèbre<sup>2</sup>, la validité ou le réalisme des présomptions faites pour échafauder une théorie économique positive n'a que peu d'importance, si cette théorie permet par ailleurs de bien expliquer la réalité et de faire des prédictions fiables.

L'analyse économique néo-classique appréhende donc le droit comme une « institution » (au sens de cette analyse), c'est-à-dire une constante qui sert de base ou de contrainte pour la formulation des hypothèses préalables à l'analyse économique en tant que telle, et la modélisation du comportement des acteurs économiques. De plus, une œuvre fondamentale d'un des pionniers de l'ÂED, Ronald Coase, a été lue de sorte à renforcer cette vision limitative du droit<sup>3</sup>. En effet, son article « *The Problem of Social Cost* » a été généralisé à tort pour en venir à formuler un « théorème de Coase » voulant que, pour un autant que les droits de propriété soient clairement définis, l'opération des forces du marché, à travers les négociations entre parties autour de ces droits, produira un résultat socialement optimal. Dans ce cas, le rôle du droit est limité à la création et la définition des droits de propriété (y compris les bases du droit des obligations et de la responsabilité).

Le programme scientifique de Richard Posner, autour duquel le mouvement « *Law and Economics* » américain se cristallise dans les années 1970, s'inscrit dans cette lignée. Posner lance l'hypothèse de l'« efficacité du *common law* ». Le *common law* jurisprudentiel américain, qui est le droit positif de référence pour les juristes et les économistes américains, est vu comme le produit d'un effort – le plus souvent inconscient – de formuler le droit de sorte à favoriser l'efficacité économique. L'analyse glisse du descriptif vers le normatif, lorsque le *common law* jurisprudentiel est érigé en modèle de référence, et opposé aux nombreuses initiatives législatives visant à le

réformer ou le modifier. Malgré les prétentions de Posner et de ses collègues, ce glissement normatif comporte une part non-négligeable d'idéologie néo-libérale. Qui plus est, l'hypothèse de l'« efficacité du *common law* » vise d'abord et avant tout le droit législatif dans le contexte domestique américain, mais elle a aussi été interprétée – au-delà de la formulation originale de Posner – comme un énoncé de la supériorité du droit inspiré de la tradition anglaise de *common law* par opposition au droit inspiré de la tradition romano-germanique.

Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que l'ÂED telle qu'elle émergeait du mouvement « *Law and Economics* » autour de Posner ait connu un accueil pour le moins mitigé hors des États-Unis. Toutefois, il faut éviter de donner une dimension trop culturelle ou idéologique à cette divergence de vues et ainsi de la perpétuer sans tenir compte de l'évolution des disciplines et des communautés scientifiques respectives. En effet, on peut aussi soutenir que l'hypothèse de Posner représenterait la conjonction d'une science économique qui recherchait peut-être trop l'absolu et d'une communauté de juristes qui était peut-être trop prête à croire au néo-classicisme économique et à livrer une analyse juridique tout autant catégorique.

Comme le montrent les paragraphes suivants, l'évolution depuis lors permet de croire que nous sommes passés à un stade ultérieur de l'entreprise interdisciplinaire, où la vitalité et le dynamisme de chaque discipline peuvent être pleinement reconnues.

En économie, les ambitions ont été revues à la baisse avec l'apparition de courants qui remettent en question la théorie et la méthodologie néo-classiques. En particulier, l'économie comportementaliste (un rapprochement avec la psychologie) ébranle l'hypothèse du choix rationnel et, partant, la généralisation qu'elle permet. D'autres avancées – par exemple en théorie des jeux ou en économie des réseaux – introduisent également des notions d'équilibres multiples ou des dépendances historiques qui minent l'édifice néo-classique.

Quant à la relation avec le droit, l'œuvre de Coase a été relue, entre autres à la suite de cri-

2. M. Friedman, « The methodology of positive economics », 1953, reproduit dans D. M. Hausman, éd., *The Philosophy of Economics*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 1994, Chapitre 9.

3. R. Coase, « The problem of social cost », *The Journal of Law & Economics* 1960, vol. 3, p. 1-44.

tiques de Coase lui-même. En effet, le « théorème de Coase » tient pour acquis que les coûts de transaction sont négligeables, alors que ce n'est presque jamais le cas en pratique. L'analyse de Coase reviendrait alors à dire que comme les coûts de transaction ne sont jamais négligeables, il ne suffit pas de simplement spécifier les droits de propriété pour que le fonctionnement du marché mène à un résultat socialement optimal. Le droit reprend alors une importance considérable. Dans la foulée de cette relecture, l'« économie institutionnelle » a pris son essor depuis les années 1990. Celle-ci sort les institutions (dont le droit) de l'arrière-plan et les place au cœur de l'analyse. En parallèle, l'histoire économique connaît un regain de vie grâce à une série d'ouvrages majeurs s'attaquant à expliquer la prospérité du monde occidental depuis le 18<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Même si les analyses diffèrent, elles mettent toutes l'accent – à des degrés variables – sur le droit et les idées qui y sont véhiculées.

Qui plus est, l'analyse économique a aussi élargi sa conception du droit au-delà du droit américain pour intégrer la présence simultanée d'une diversité de solutions juridiques ainsi que l'évolution du droit au fil du temps. Déjà, dans les années 1950, l'étude de la gouvernance locale avait montré que, dans la mesure où les préférences des citoyens quant au niveau de services publics et de taxation peuvent varier, il était concevable que les citoyens se déplacent vers les localités dont les politiques publiques correspondent à leurs préférences respectives, et qu'ainsi plusieurs cadres juridiques locaux puissent exister côte-à-côte<sup>5</sup>. Ces travaux ont été généralisés pour mener à un corpus théorique plus dynamique appelé « concurrence réglementaire », qui s'intéresse à la circulation des idées juridiques et à sa dynamique (convergence ou non). Le développement de l'évaluation coût-bénéfice en matière législative et réglementaire a aussi contribué à ce que l'analyse économique s'ouvre à la possibilité théorique et à l'indéniable réalité, en pratique, de l'existence de plusieurs solutions juridiques différentes à un problème donné, chacune d'entre elles pouvant s'avérer optimale dans certaines circonstances.

En s'éloignant du néo-classicisme, la science économique en vient naturellement à une conception plus riche du droit positif, qui admet le pluralisme des systèmes juridiques et la possibilité de droits positifs différents, dans l'espace et dans le temps. Pour pouvoir pleinement exploiter l'interdisciplinarité avec la science économique contemporaine, la science juridique devrait donc partager cette conception plus riche du droit positif, ce qui n'est pas toujours le cas. Ce sont les recherches juridiques qui prennent des distances face au droit positif d'une juridiction spécifique, que ce soit en adoptant une posture critique ou, mieux encore, en suivant une méthodologie comparatiste, qui sont les plus aptes à contribuer pleinement au travail interdisciplinaire avec l'économie.

Si le droit est pluriel et multivalent, l'AÉD peut moins facilement tirer des conclusions normatives de l'analyse économique du droit. Par-delà le néo-classicisme, l'analyse économique permet encore de porter un jugement sur l'efficacité ou l'efficacité d'une règle de droit, mais elle ne peut prétendre à dicter comment cette règle devrait être formulée. L'analyse économique fournit alors une information précieuse au juriste, pour lui permettre de faire une analyse complète du droit et en arriver à une conclusion éclairée, tant au niveau pratique (préparation de la législation, contrôle de légalité ou de constitutionnalité) qu'académique.

En définitive, si les économistes en sont venus à comprendre toute la richesse et la vitalité du droit et de la science juridique, les juristes devraient eux et elles aussi reconnaître que la science économique est beaucoup plus riche et vivante que ne le laissaient croire les débuts de l'AÉD. Il y a tant à gagner à incorporer l'AÉD à la recherche juridique.

Pour ne donner que deux exemples, l'utilisation de la théorie des jeux, entre autres, permet de beaucoup mieux comprendre le comportement stratégique des acteurs. Ceci force le juriste à sortir du cadre « pathologique » étroit qui tend à prévaloir, où la méthodologie consiste à identifier un problème (par exemple, la nécessité de réduire le temps de travail) et à lui apporter une

4. V. entre autres, E. S. Phelps, *Mass Flourishing*, Princeton University Press, 2013; D. McCloskey, *Bourgeois Equality*, University of Chicago Press, 2016; J. Mokyr, *A Culture of Growth*, Princeton University Press, 2017 ou R. J. Gordon, *The Rise and Fall of American Growth*, Princeton University Press, 2016.

5. C. M. Tiebout, « A pure theory of local expenditures », *Journal of Political Economy* 1956, vol. 64, n° 5, p. 416-424.

solution législative directe (par exemple, l'imposition d'une semaine de 35 heures). L'analyse économique permet d'élargir l'examen, en tentant de comprendre comment les divers acteurs risquent de réagir à la nouvelle législation et comment cette réaction pourrait affecter l'efficacité de celle-ci.

De même, l'économie de l'information est d'un secours précieux pour comprendre le droit et l'analyser. Partant de l'hypothèse que l'information est dispersée et souvent privée, l'analyse économique met l'accent sur les outils pour faire sortir et circuler l'information, et d'éviter que les autorités publiques soient manipulées en contrôlant les flux d'information. Qui plus est, en tenant pour acquis qu'en tout état de cause, l'autorité publique sera rarement en situation d'information parfaite, l'analyse des coûts d'erreur (Type I

ou II) jette un éclairage nouveau et enrichissant sur le rôle d'éléments parfois négligés du droit, dont les présomptions, les règles par défaut ou la formulation des conditions d'application de la règle.

Le temps de l'AÉD à fort contenu normatif, fondée sur une conception trop monolithique de l'économie et du droit, est révolu. Après s'être éloignée du néo-classicisme, la science économique est désormais mieux disposée envers la richesse et la vitalité du droit et de la science juridique. L'AÉD peut désormais s'appliquer dans un contexte de pluralisme et de multivalence juridiques, en tant qu'outil précieux pour mieux comprendre le fonctionnement et les conséquences des diverses solutions juridiques qui se présentent.

# Perspectives

## Analyse économique du droit

---

### De la nécessité du dialogue interdisciplinaire pour repenser l'entreprise

**Bruno Deffains,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

« *As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to be an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made. In the present state of political economy indeed, we come again upon history on a larger scale, but there we are called on to consider and weight the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost* » (Oliver Wendell Holmes, 1897)<sup>1</sup>.

À l'heure où les intérêts économiques russes portent le nom d'entreprises telles que Rosneft, Transneft, Aeroflot, Gazprom, etc. et où des sanctions frappent les oligarques qui les dirigent, les entreprises européennes sont sommées de clarifier leurs intérêts avec l'agresseur de l'Ukraine. De nombreux anciens décideurs politiques anglais, allemands et français quittent leurs positions au sein des organes de direction de grandes entreprises russes. Sur fond de guerre, les principes de la bonne gouvernance de l'entreprise européenne sont érigés pour se distinguer des capitalismes dirigistes qu'ils soient russes ou chinois.

Ces désordres politiques et militaires s'ajoutent aux pressions qui pèsent de toutes

parts sur les entreprises occidentales et plus particulièrement européennes. Orpéa est clouée au pilori pour les pratiques managériales qui contraignent ses maisons de retraite à restreindre l'usage de fournitures et à contrôler drastiquement la nourriture proposée aux résidents. L'action perd la moitié de sa valeur en quelques jours, son directeur général démissionne. Aux côtés de l'impact social des activités de l'entreprise illustré par le cas d'Orpéa, l'impact environnemental s'invite à la table des conseils d'administration. Quelle surprise lorsqu'Exxon, le grand pétrolier américain a vu son conseil d'administration bouleversé à la suite de l'assemblée générale de mai 2021 ! La raison ? Un petit actionnaire, Engine N° 1, a obtenu gain de cause à l'assemblée générale et a forcé l'adhésion des autres actionnaires afin que le plan de route d'Exxon inclue de façon réaliste les contraintes que font peser le changement climatique sur son activité. Exit la direction précédente !

Ces bouleversements interrogent la place de l'entreprise dans le nouvel ordre économique, social et politique en construction. Quel rôle pour l'entreprise dans ce contexte ? Quelles responsabilités pour ceux qui font et dirigent l'entreprise : les actionnaires bien sûr, les membres de conseils de direction et de comités exécutifs, les salariés et les autres parties prenantes ?

---

1. O. W. Holmes, « The Path of Law », *Harvard Law Review* 1897, 457.

L'histoire de la gouvernance de l'entreprise au xx<sup>e</sup> siècle ressemble à un mouvement de balancier concernant le rôle central de l'actionnaire. Assistons-nous aujourd'hui à un nouveau mouvement qui conduirait d'un modèle *actionnarial* pur (ou *shareholder*) vers un modèle *partenarial* (ou *stakeholder*) ? Force est de constater qu'actuellement la réponse apportée à cette question reste bancale, pour ne pas dire incohérente. Les gouvernements conservent les structures du monde d'avant auxquelles ils ajoutent de nouvelles règles çà et là, à partir d'instruments façonnés en fonction de finalités anciennes qui ne sont pas remises en cause. Le modèle *shareholder* a montré ses forces mais aussi ses limites. Le modèle *stakeholder* se heurte à des difficultés tant théoriques que de mise en pratique. Ces deux approches, nées sous les cieux institutionnels américains, ne sont qu'imparfaitement adaptées à l'horizon européen. C'est donc autour des spécificités du capitalisme européen et de ses institutions qu'il faut penser une alternative raisonnée.

\* \* \*

En août 2019, à la surprise générale des observateurs, le *Business Round Table*, groupe réunissant les PDGs des plus grandes entreprises américaines qui énonce les principes et les meilleures pratiques de management et de direction, révisé son code. La dernière version datait de 1997 et plaçait comme principe suprême de gestion l'intérêt de l'actionnaire. Dans la nouvelle mouture, la surprise est grande de voir lister l'actionnaire à la cinquième position au même titre que les autres parties prenantes que sont les employés, les clients ou les fournisseurs ? Les grands dirigeants seraient-ils tombés sur la tête ? Comment ne plus mettre au-dessus de tout autre le sacrosaint principe de la maximisation de la valeur actionnariale de l'entreprise ?

À la même époque en France, la loi Pacte institue un nouveau genre d'entreprise dénommé « société à mission ». À côté du profit, les associés au sein de ce type d'entreprise énoncent un objectif supérieur, inscrit dans les statuts et qui est suivi par un comité spécial qui siège indépendamment des organes de décisions classiques de l'entreprise. Le rapport de ce « comité de mission » est lui-même audité par des experts, le tout permettant à l'entreprise de conserver ou non, en fonction de son impact escompté et

donc validé officiellement, son titre de société à mission. Plusieurs centaines d'entreprises forment aujourd'hui la communauté des entreprises à mission, au premier titre desquelles Danone. Quel est donc ce vent nouveau qui souffle des deux côtés de l'Atlantique ? Une simple brise ou une révolution ? Et quel impact ces changements déclaratifs ou législatifs ont-ils eu sur les pratiques habituelles des entreprises, sur la façon dont les organes décisionnels statuent et orientent les stratégies de ces entreprises ?

Certains dirigeants à l'image d'Antoine Frérot de Veolia esquissent un fonctionnement renouvelé où les diverses parties prenantes qui contribuent à faire de l'entreprise une œuvre utile auraient voix au chapitre. Non seulement au sein d'instances particulières qui leur permettent de s'exprimer sur les orientations stratégiques de l'entreprise mais aussi en ce que la performance de l'entreprise doit inclure plusieurs indicateurs de performance environnementale et sociale en plus de ceux mesurant la performance financière. Pascal Demurger à la tête de la MAIF considère même que l'entreprise est une forme d'institution politique à la recherche du consensus le plus large possible et que dans chacune de ses décisions l'entreprise par définition fait des choix aux implications sociales et politiques. Ainsi durant le confinement de 2020 la MAIF redistribua-t-elle à ses membres et clients des dizaines de millions d'euros qu'elle aurait pu engranger de fait de la crise sanitaire puisque les voitures ne circulant plus, les dommages liés aux accidents de la route avaient nettement diminué.

Ces évolutions marquent l'émergence d'un modèle de gouvernance plus responsable et inclusif autour de *l'entreprise contributive*. Cette idée n'est pas totalement nouvelle dans la mesure où elle semble s'inspirer des principes fondamentaux de l'économie sociale et libérale, inspirés à la fois par les traditions contractualiste et solidariste énoncées entre 1890 et 1939 en Europe, bien avant que ne soient définis et ne s'imposent les normes américaines de la primauté de l'actionnaire (*shareholder primacy*). Une telle approche permet de mettre en avant les droits et les devoirs des différentes parties prenantes au sein de l'entreprise dans une logique de partage de la valeur générée juste et efficace.

À une approche « parties prenantes » par trop simpliste qui verrait les organes de direction de

l'entreprise se transformer en parlement, il paraît pertinent de privilégier une voie intermédiaire entre le modèle partenarial et actionnarial. Cette approche de l'entreprise la définit comme un ensemble de « savoir-faire » appliqués à des projets successifs au sein d'une même personnalité morale qu'est la société; ils y sont rendus cohérents par une raison d'être et une identité en perpétuelle construction. En outre, les dirigeants en poursuivant la mise en œuvre de l'objet social doivent répondre aux attentes et besoins de ces différentes parties prenantes tout en mettant en œuvre la raison d'être profonde (le *purpose*) de l'entreprise et en recherchant le profit.

Mais ces principes ne suffisent pas, à eux seuls, à garantir l'émergence d'une *entreprise contributive*. Ils doivent en effet s'inscrire dans une réflexion plus globale relativement au modèle d'entreprise que l'on souhaite promouvoir, notamment dans son rapport à l'État et dans le contexte européen. Ainsi, convient-il de dégager de façon simple et opérationnelle les éléments de réponse, réalistes eu égard aux pratiques ancrées et tournés vers les enjeux économiques et juridiques actuels et futurs, aux questions qui taraudent notre époque :

- Qui sont les actionnaires et quels rôles et places doivent-ils occuper dans l'entreprise du nouveau monde ?
- Quelle responsabilité doivent avoir les administrateurs et les décisionnaires qui agissent au nom et pour l'entreprise ?
- Quels nouveaux principes de partage de la valeur évoquer et mettre en place au sein de l'entreprise et entre l'entreprise et la société ?
- Quelles nouvelles relations entre entreprises et État le monde nouveau exige-t-il ?

Ces questions et plusieurs autres dessinent en creux une géopolitique de l'entreprise. Celle du modèle européen de l'entreprise contributive qui co-construit avec l'État le cadre institutionnel et réglementaire permettant de sortir de l'ornière où le modèle actionnarial exclusif nous a jeté et de laquelle le modèle partenarial ne semble pouvoir nous extraire.

\* \* \*

Le 12 février 2021, la Cour suprême du Royaume-Uni a condamné Shell suite aux plaintes de deux communautés nigériennes qui souffrent de la pollution du delta du fleuve Niger qu'elles attribuent aux activités de la filiale locale de Shell.

Pendant longtemps, la maison mère du pétrolier renvoyait les plaignants aux juridictions locales. La plainte pour atteintes graves aux droits humains a été déposée par les communautés Bille et Ogale en 2015. La Haute cour de Londres avait rejeté cette plainte en 2017 au motif que la maison mère était en position de contrôle financier et n'avait pas de responsabilité opérationnelle pour les activités de sa filiale. Un an plus tard, la Cour d'appel s'était déclarée incompétente pour statuer sur cette affaire, ensuite portée à la Cour suprême qui a donné finalement raison aux plaignants.

Que retirer de ce cas ? Plusieurs enseignements. D'une part, la constitution juridique des entreprises et de leurs filiales est fondamentale. Il ne faut donc pas raisonner comme si Shell ou n'importe quelle autre grande multinationale était un tout uniforme mais bien comme un empilement de structures juridiques multiples. D'autre part, les tribunaux d'un pays peuvent se déclarer incompétents pour décider en justice sur les activités d'une filiale lointaine d'une entreprise nationale. Ce qui pose non seulement la question de la responsabilité juridique de l'entreprise comme personne morale mais aussi de celle des personnes physiques qui la représentent et la constituent. Enfin, la décision de la Cour Suprême anglaise attribuée à la société mère, en tant que détentrice de la filiale, la responsabilité des agissements et des conséquences négatives associés. Cela ouvre donc la porte à de nouvelles plaintes émanant de multiples pays où opèrent les filiales d'entreprises multinationales et portant sur la dégradation des espaces naturels ou de la perte en bien-être des communautés.

Examinons brièvement l'évolution des demandes et des pressions pesant sur l'entreprise sur les quarante dernières années.

### **Pressions nouvelles**

L'entreprise est un acteur majeur dans les défis qui se présentent à la Société, en tant qu'apporteur de solutions et... source de nouveaux problèmes : épuisement des ressources naturelles; changement climatique du fait de ses émissions; digitalisation des modèles d'affaires : réduction du temps de satisfaction de la demande, accélération du recours à l'énergie (carbonée), conséquences sociales (conditions de travail, lien homme-machine, inégale répartition des richesses générées).

Comme l'illustre le cas de Shell, la pression externe sur l'entreprise et l'ensemble de ses filiales partout dans le monde n'a jamais été aussi forte. Aujourd'hui, chacun s'arroge le droit d'avoir un avis sur chaque entreprise et tel point spécifique de son organisation ou activité – ce qui pourrait conduire à penser que le modèle partenarial incluant l'ensemble des parties prenantes devient un impératif afin de réduire et d'anticiper ces pressions. De nombreuses ONGs ont lancé des campagnes très puissantes comme celle de Greenpeace contre Nestlé et ses produits tels que KitKat pour les impacts désastreux sur les forêts primaires de Malaisie et d'Indonésie du fait de la déforestation et de la culture de palmiers pour en retirer l'huile abondamment utilisée dans les produits de consommation courante (friandises, biscuits et autres gâteaux). Suite à ces campagnes, Nestlé a dû revoir entièrement sa chaîne d'approvisionnement, ses objectifs, ses partenariats et le système de contrôle mis en place pour garantir que ses fournisseurs ne violent pas les règles et les lois que Nestlé s'est engagée elle-même à respecter.

L'État, conscient de ses limites mais ambitieux dans ses objectifs, délègue largement ses responsabilités à l'entreprise dans de nombreux domaines – ce qui souligne un certain déficit de compétences publiques nécessaires à l'appui de politiques nationales (cf. le montant des prestations des cabinets de conseil dénoncé récemment en France). Dans de nombreux secteurs (construction, informatique, banque et assurance, distribution, services à la personne), les entreprises se trouvent en position favorable pour protéger leurs modèles d'affaires au détriment de la concurrence ou des droits de parties prenantes (par exemple, protection des données personnelles, protection de l'environnement). En retour, l'État légifère pour contraindre les entreprises à fournir à l'administration et au marché des données sur leurs engagements sociaux, climatiques et environnementaux afin de répondre aux demandes des citoyens et aux engagements pris (tels que les Accords de Paris de 2015).

**Les pressions internes** pèsent aussi sur l'entreprise. Ainsi celles de l'actionnaire par exemple qui hier et encore largement aujourd'hui recherche la maximisation de son profit, mais tout à la fois demande plus qu'hier de contrôler de près, si ce n'est en reprendre la conduite, de certains sujets comme la rémunération des diri-

geants (« *say on pay* »), la transition énergétique ou l'impact sur le climat (« *say on climate* »). L'actionnaire a changé, il est constitué d'investisseurs institutionnels, il est volatile, opportuniste et à la fois exigeant.

Les salariés peuvent quitter le navire et avoir le vague à l'âme si l'entreprise ne répond pas à leurs attentes en termes de rémunérations, d'éthique, et de sens. Dans la foulée de la crise du covid, de nombreux observateurs ont souligné « la grande démission » aux États-Unis mais aussi dans de nombreux pays européens. Les entreprises sont pressées par les jeunes générations de fournir du sens : le profit n'est pour beaucoup pas une justification suffisante pour consacrer son temps et son intelligence aux activités proposées par de nombreuses entreprises.

### **Pourquoi la RSE (Responsabilité Sociale de l'Entreprise) ne suffit plus**

Au niveau de l'entreprise, pendant une vingtaine d'années, afin de répondre à ces pressions multiples l'entreprise a ajouté à ses activités principales de nombreuses initiatives volontaires portant sur la gestion des déchets ou de l'eau, les émissions de gaz à effet de serre, ou encore en connexion avec le monde associatif autour d'actions philanthropiques. Cette RSE n'est plus aujourd'hui suffisante. Le cas des constructeurs automobiles (Volkswagen et le *dieselgate*) en est une illustration frappante. C'est le cœur du modèle d'affaires qu'il faut réviser, et avec lui, la chaîne de commandement et de responsabilité, depuis l'atelier ou le magasin jusqu'au bureau feutré où se réunit le conseil d'administration.

Comme un retour de bâton, dans de nombreux pays (la France incluse), les contraintes réglementaires deviennent lourdes : d'une RSE volontaire mais relativement cosmétique, on passe à l'accumulation d'obligations donnant ainsi corps à une responsabilité sociétale qui semble porter des injonctions plus larges mais qui manque de cohérence.

Cette RSE est même inefficace d'un point de vue concurrentiel car semblant alourdir les mouvements stratégiques des entreprises européennes par rapport à leurs rivales asiatiques ou américaines. Tout décalage dans les valeurs qui fondent les systèmes capitalistes nationaux ou régionaux sont susceptibles d'entraîner des distorsions de la compétitivité économique.

Il en ressort que d'une institution centrée sur elle-même à une organisation ouverte sur le monde, l'entreprise est plus que jamais soumise à des pressions multiples, externes et internes. Le rôle des actionnaires se complexifie; au-delà de la propriété des actions qu'ils détiennent, ils donnent leur aval à des orientations dont les impacts sur la planète, le vivant et les sociétés humaines peuvent être considérables. En outre, leurs mandataires, les administrateurs et les dirigeants ne sont plus leurs simples « agents ». Ils portent aussi une responsabilité, juridique parfois, morale toujours, sur la conduite des opérations menées par l'entreprise qu'ils représentent.

Aussi, les nouveaux défis de l'entreprise imposent donc de repenser les rôles respectifs d'actionnaire, d'administrateur ou de dirigeant. Comment organiser ces rapports entre les différents organes de décision légitimement ? Et quelles relations entretenir avec l'État ? Ce sont ces questions qu'il convient de régler en priorité. Et la réponse n'est ni dans la simple poursuite du modèle actionnarial ni dans le « placage » d'un modèle centré sur les parties prenantes.

\* \* \*

La réflexion sur la contribution de l'entreprise est ainsi posée, au-delà de la satisfaction nécessaire des besoins des clients ou de ceux des actionnaires. L'entreprise contributive enrichit plutôt qu'elle n'appauvrit son écosystème. Elle a une réflexion élaborée et prend en compte les intérêts divers de ceux que son activité affecte, s'agissant des parties prenantes mais aussi du bien commun susceptible d'être impacté par l'activité de l'entreprise. Elle est apte à rendre compte des conséquences extra-financières de son activité. Dans ce cadre, elle est à même d'énoncer sa raison d'être profonde, au-delà de la maximisation de son profit.

Pour proposer une conception de l'entreprise contributive et une gouvernance qui soit opérationnelle, il convient de (re)dessiner les trois piliers sur lesquels repose cet édifice<sup>2</sup>.

Raison d'être et génération de la valeur : février 2021, Aigle, marque iconique du *Made in France* depuis 1853, devient une entreprise à mission et dévoile sa raison d'être : « permettre à

chacun de vivre pleinement des expériences sans laisser d'autres empreintes que celles de ses pas ». Cette raison d'être illustre l'investissement de la marque dans la conception de produits durables, imaginés avec l'envie de créer un impact positif. Cette raison d'être porte également une ambition au-delà des frontières de l'entreprise en devenant exemplaire en matière de « mode durable » et d'écoconception de ses produits. Ce changement de statut de l'entreprise a été voté à l'unanimité des actionnaires.

Toute entreprise applique les règles de gouvernance dans le but de lui conférer un avantage en termes de concurrence en lien avec la demande relative à ses produits ou services, son marché et ses clients. Son succès dépend d'une bonne répartition de ses compétences, de ses actifs et passifs, de ses emplois et de ses ressources. La raison d'être d'une entreprise guide cette répartition et influence la façon dont celle-ci définit et optimise la création de valeur. Aussi, l'entreprise est une succession d'allocations d'actifs et de ressources autour de projets successifs unis par une raison d'être. Il en ressort que le succès d'une entreprise n'est pas équivalent à la maximisation de la valeur actionnariaire totale mais plutôt l'accroissement de la valeur totale générée et de son partage de sorte que son avenir ne soit pas compromis.

1. Un juste partage de la valeur. L'exemple de Southwest Airlines, entreprise connue pour l'importance qu'elle accorde à la motivation de ses employés par rapport à d'autres entreprises du secteur est révélateur. La comparaison entre la performance financière de Southwest Airlines et American Airlines est une illustration de l'importance de la question du partage de la valeur en relation avec les problématiques de motivation et d'engagement, et donc de succès de l'entreprise, expliquant également comment cette compagnie aérienne américaine réussit, grâce à une culture d'entreprise particulièrement attentive aux ressources humaines, à traverser les périodes de crise avec le minimum de dommages.

Ceux qui agissent et parlent au nom de l'entreprise doivent déterminer la façon dont la valeur totale créée par les activités de l'entreprise est équitablement partagée entre les contribu-

---

2. Pour une discussion détaillée de ces piliers, nous renvoyons à B. Deffains, R. Durand, et D. Hurstel, « *Manifesto Shareholder Duacy and Efficient Governance for the XXIst Century Responsible Firm* », 7 oct. 2021, en ligne : SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3894234> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3894234>



teurs actifs et passifs, en accord avec la raison d'être de l'entreprise. Le partage équitable de la valeur créée accroît la confiance entre les parties, condition essentielle au succès de toute entreprise ; pour établir cette confiance, l'entreprise (et ceux qui la dirigent et enseignent le management) doit acter la rupture de son isolement par rapport à la nature et à la Société.

2. Un équilibre de pouvoirs au service de relations dynamiques entre les trois organes et la double qualité des actionnaires. Les différents organes de décision doivent articuler leur action avec cette conception étendue de l'entreprise, de la valeur économique, et du bien commun. En tout premier lieu, être actionnaire d'une entreprise comprend à la fois la propriété, au sens juridique du terme, ainsi que la capacité qui en découle, ce qui caractérise le double rôle de l'actionnaire et qualifiée de « duauté ». Ainsi, les actionnaires sont indiscutablement les propriétaires des actions (*property*) d'une entité juridique productive (l'entreprise), et en cela une partie prenante constitutive. Ceci est justifié par diverses particularités de leur participation à l'entreprise (caractère définitif de leur apport, créancier ultime, etc.). Néanmoins, toutes ces caractéristiques sont remises en cause par des tendances récentes (contentieux : rachat d'actions, diminution de leur présence au capital – jusqu'au *High Frequency Trading*). C'est ainsi qu'en avril 2020, onze investisseurs, emmenés par la Banque postale Asset Management, le Crédit mutuel et Meeschaert, avaient déposé une résolution en assemblée générale extraordinaire de l'entreprise Total, dans le but de « modifier ses statuts pour renforcer la contribution de son modèle économique à l'atteinte de l'Accord de Paris sur le climat ». Le 29 mai 2020, 16,8 % des actionnaires de Total avaient voté en faveur de cette résolution climat. Un an plus tard, Le 21 mai, trente-quatre investisseurs de la coalition Climate Action 100+, qui réunit 575 investisseurs gérant environ 44 000 milliards d'euros, ont estimé que la stratégie climat de la major française ne lui permettrait pas d'atteindre la neutralité carbone. Parmi eux, trois investisseurs garants du dialogue actionnarial, avec la direction de Total, sur les enjeux climatiques mais aussi d'autres actionnaires comme les sociétés de gestion La Française et Sycomore, les fonds néerlandais PME et Actiam, ou encore la caisse de retraite complémentaire Ircantec.

Conformément aux évolutions récentes qui les questionnent sur la nature profonde de leurs rôles (que l'on perçoit notamment dans les mises à jour périodique du code AFEP-MEDEF), les actionnaires doivent donc dans leurs décisions, émanant de leur pouvoir représenté par un droit de vote, intégrer de plus en plus et de mieux en mieux les intérêts des autres parties prenantes. Ceci renvoie à la seconde facette de la « duauté » de l'actionnaire : c'est-à-dire la *propriety* – à savoir la convenance, ce qu'il est juste et opportun de faire. La « duauté » de l'actionnaire est la base de la régulation de la gouvernance d'une entreprise. Tandis que la période récente a insisté uniquement sur la primauté de la propriété des actions (*property*) (voire de l'entreprise), l'étape qui s'ouvre est celle du retour de la seconde facette qui constitue la « duauté » des rôles, à savoir le devoir de développer l'entreprise comme entité avec sa raison d'être propre, à savoir la *propriety*. En cela, les actionnaires sont également concernés par la raison d'être. Le pari consiste à montrer que les deux facettes ne sont pas opposées bien au contraire dès lors qu'on ne réfléchit pas à court terme.

\* \* \*

En appui sur les trois piliers, l'entreprise contributive fonctionne à partir de plusieurs principes qui touchent le rôle des actionnaires et celui des administrateurs, l'importance de la confiance entre les administrateurs et les managers, la façon de définir la valeur générée par l'entreprise et les règles de partage de cette valeur.

Une bonne illustration de cette tension entre vision patrimoniale et vision sociétale concerne le développement des « *stranded asset* » (ou « actif bloqué ») pour décrire les investissements ou actifs qui perdent de leur valeur en raison de l'évolution du marché. Cette dévaluation des actifs est principalement liée à des changements de législation, de contraintes environnementales ou d'innovations technologiques qui rendent certains actifs obsolètes avant leur amortissement complet. De nombreux secteurs sont potentiellement concernés par cette perte rapide de valeur de leurs actifs : technologies, énergies, automobiles... en raison de la montée en puissance des préoccupations environnementales et climatiques. Les énergéticiens sont particulièrement concernés et risquent donc de perdre de la valeur aux yeux des investisseurs car ils ne

peuvent pas exploiter leur richesse en raison des réglementations en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le réchauffement climatique.

Dès lors, à partir d'une nouvelle appréhension de ce qu'est l'entreprise, de nouveaux contours se dessinent, et, sur cette base, la possibilité d'énoncer une nouvelle approche de la prise en compte des contributions des parties prenantes dans la répartition de la valeur. Il en ressort une distinction entre *stakeholders* actifs (dont avant tout les salariés) et passifs (qui peuvent inclure les ressources naturelles par exemple). Ensuite, d'une part, l'entreprise apparaît comme constituée par des allocations successives de compétences et d'actifs qui doivent guider les conditions du partage. Ces allocations s'inscrivent également dans un projet plus large pour lequel la prise en compte des intérêts de chaque acteur (constitutif, seulement actif ou encore passif) est déterminée. D'autre part, les différentes parties prenantes, constitutives et actives, fournissent des ressources dont les degrés de prévalence et de spécificité caractérisent leur importance stratégique, le respect qui leur est dû, et la responsabilité afférente de l'entreprise quant à leur épuiement ou le non-respect de leurs droits.

Redéfinir la valeur totale générée par l'entreprise et sa performance. La mesure de la valeur et de la performance est aujourd'hui insatisfaisante si l'on veut aller dans le sens d'une meilleure prise en compte de la dimension « contributive » de l'entreprise. La performance de l'entreprise est en effet essentiellement assimilée à la valeur actionnariale totale, qui regroupe tant l'accumulation des profits passés que les perspectives de profit à venir. Dans l'optique où le succès de l'entreprise s'entend eu égard à la poursuite d'une raison d'être (telle que définie par les actionnaires) plus vaste que la maximisation interne du profit, la notion même de performance doit être revue et prendre la mesure des impacts plus larges, au-delà des responsabilités légales qui régissent le fonctionnement de l'entreprise.

Des indicateurs de performance supplémentaires et complémentaires viennent alors composer le bouquet d'informations qui orientent les décideurs et dirigeants dans la conduite de leur stratégie et le respect de l'intérêt de l'entreprise. Au cœur de la notion de performance, les indicateurs de régénération (des ressources consom-

mées) et d'impact sont clefs. On en prendra pour exemple la mesure de l'impact environnemental de la phase d'utilisation et de fin de vie de ses produits mise en place par le groupe de luxe Kering depuis 2019. Il s'agit de mettre en place des évaluations certifiées par des auditeurs des ressources non consommées ou régénérées au crédit de l'entreprise de même que des calculs d'impact sociétaux sur la base d'une logique contrefactuelle. À savoir de raisonner en comparant la situation telle qu'informée par la présence de l'entreprise (en termes d'emplois, de salaires, de taxes, de développement territorial...) par rapport à la situation si l'entreprise n'existait pas.

La relation État/entreprise doit aussi être redéfinie. En effet, les évolutions récentes bouleversent les rôles de l'État en tant que garant des conditions de concurrence entre entreprises, protecteur du bien commun dans lequel puisent les entreprises pour leurs activités, garant de l'authenticité des calculs d'évaluation des externalités de l'entreprise, et redistributeur de la richesse générée par les acteurs économiques dans et à partir de son territoire souverain. La recherche de mécanismes de coopération entre État et entreprise contributive apparaît ici centrale dans notre réflexion à travers une définition ambitieuse et exigeante de la co-construction institutionnelle qui impose un processus « partenarial » d'élaboration et de mise en œuvre de l'action publique.

\* \* \*

La définition du modèle d'entreprise doit précéder la définition du modèle de gouvernance. Or le modèle européen d'entreprise se cherche. L'époque est marquée par le passage d'une vision patrimoniale (celle du Code civil) à une vision plus sociétale et environnementale. Les structures sont en train d'émerger comme on le voit aujourd'hui avec les directives relatives aux activités de *reporting* ou au devoir de vigilance mais le flou continue de dominer s'agissant de la « grande transformation » sur la responsabilité de l'entreprise.

Cette question est cruciale dans un environnement international caractérisé par une bataille de normes, où chacun – Américains en tête – comprend que les normes en question constituent un vecteur permettant d'externaliser et d'imposer son modèle de capitalisme.

L'entreprise est *de facto* partie prenante de la Société; elle a simplement tendance à l'oublier

sous la pression du profit qui l'a isolée. La question à résoudre est comment, dans son fonctionnement quotidien, barrer la route à cette tendance compréhensible de se refermer sur soi. Il est devenu nécessaire de poser le cadre d'un nouveau philosophique (entre libéralisme et solidarisme) propre au continent européen, d'une reconceptualisation de l'entreprise en tant que contributrice, et d'une repensée des règles de gouvernance, de calcul de la performance, et

des liens entre État et entreprises. Sur ces bases renouvelées, il convient d'éviter le recours facile à des substituts inadéquats (les *stakeholders* plutôt que les *shareholders*; la morale plutôt que l'efficacité...) au profit d'une vision moderne et responsable qui garantirait un futur pour l'entreprise comme lieu d'épanouissement de soi et porteur d'espoir pour répondre aux enjeux immenses auxquels les générations à venir seront confrontées.

# Perspectives

## Analyse économique du droit

---

### Remettre les incitations au centre de la réflexion juridique

Régis Lanneau

Maître de Conférences à l'Université Paris Nanterre (CRDP,  
FIDES)

« *One of the great mistakes is to judge policies and programs by their intentions rather than their results* »

Milton Friedman

L'analyse économique du droit repose sur une idée assez simple. Le droit est un outil de coordination entre les individus<sup>1</sup>. Il va ainsi fournir un cadre à leur activité, servir à prévenir les conflits (en allouant des droits et en veillant à leur protection) et, le cas échéant, à les résoudre<sup>2</sup> (ce qui suppose que l'allocation des droits n'était pas claire ou que la protection n'était pas suffisante). Le droit n'est évidemment pas le seul outil de coordination entre les individus ; les normes sociales, religieuses ou locales remplissent également cette fonction<sup>3</sup>. Néanmoins, le droit est un outil de coordination dont le contenu peut être déterminé et transformé de façon intentionnelle<sup>4</sup> (ce ne sera pas le cas des normes sociales).

Pour que le droit puisse remplir cette fonction, il faut supposer que les individus soient capables de comprendre le droit qui s'impose à leurs activités – et l'on retrouve ici les caractéristiques de l'*inner morality of law* de Lon Fuller<sup>5</sup> – et qu'ils puissent ensuite modifier, ou non, leur comportement en réponse à une nouvelle règle juridique. S'ils peuvent comprendre le droit mais qu'ils ne peuvent pas modifier leur comportement (à l'instar de robots préprogrammés), établir des règles de droit serait évidemment superflu car les individus ne seraient pas à même de changer leur comportement. Et s'ils sont même incapables de comprendre le droit qui s'applique à leurs activités, il serait difficile de comprendre pourquoi le droit viendrait même à exister<sup>6</sup>. Autrement dit, il convient de supposer que les individus réagissent aux règles juridiques, et ce, de façon non aléatoire ; il faut donc une théorie du comportement humain. L'économiste ajou-

---

1. Il est rendu nécessaire par la rareté des ressources. Dans un monde sans rareté, il y aurait sans doute des problèmes, mais aucun d'eux ne pourrait être juridique.

2. Et, ce faisant, à en prévenir, voire à en créer de nouveaux.

3. Brian Tamanaha identifie ainsi six ordres normatifs (B. Tamanaha, « Understanding legal pluralism, past to present, local to global », *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, p. 375 et s.).

4. Ce qui ne signifie pas que l'ensemble des conséquences du droit sont intentionnelles.

5. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964. V. également la critique formulée par Hart (H. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford : Clarendon Press, 1983) que Lon Fuller résume ainsi, l'*inner morality of law* ne serait rien de plus « *than maxims of efficiency for the attainment of governmental aims* » (L. Fuller, *The Morality of Law*, op. cit., p. 214).

6. Ce qui explique d'ailleurs le traitement réservé aux fous et aux incapables en droit.

tera, principe de charité<sup>7</sup> oblige, que l'individu va choisir l'action qui lui semble la meilleure au regard des informations qui sont les siennes. Il va donc comparer les coûts (subjectifs) et les bénéfices (subjectifs) d'actions envisagées pour choisir celle qui lui permet de maximiser son bien-être (maximisation de la différence entre les bénéfices et les coûts). Agir ainsi, c'est agir de façon rationnelle<sup>8</sup>.

Un individu rationnel ne va pas toujours respecter le droit. Il le respectera si et seulement si l'action légale est celle qui maximise son bien-être. Il comparera ainsi le plaisir qu'il pourrait avoir à rouler au-delà de la vitesse autorisée sur autoroute et le bénéfice d'arriver plus tôt à destination (voire la célébrité qu'il pourrait acquérir en cas de grand excès de vitesse) avec le coût associé au risque qu'il prend de rouler trop vite à la fois (risque financier – amende voire confiscation du véhicule – et risque lié à l'augmentation du risque d'accident). Il est possible de considérer, sous cet angle, qu'un vendeur de drogue a choisi cette activité car il s'agissait de l'activité qui lui permettait de maximiser son bien-être<sup>9</sup>.

Le droit constitue ainsi, pour l'analyse économique du droit, un système d'incitations. Il va chercher à augmenter ou à diminuer le coût associé à certains comportements et espérer, ainsi, transformer un équilibre social dont il n'est pas satisfait. Le droit, sous cet angle, est purement instrumental et se contente, simplement, de « fixer » le « coût » de son non-respect en espérant, ce faisant, inciter des individus à modifier leurs comportements. Il n'est dès lors pas

surprenant que l'analyse économique du droit mette les incitations au centre de sa réflexion, à la fois pour expliquer ce que nous avons (fonction herméneutique, voire abductive), pour anticiper ce que nous pourrions avoir (fonction prédictive) et pour justifier des modifications du droit existant (fonction prescriptive). Cette analyse peut naturellement s'appliquer à tous les domaines du droit et, de fait, les a embrassés<sup>10</sup>. Le droit constitutionnel influencera ainsi les incitations du président, des membres du gouvernement, du parlement, des partis politiques, du conseil constitutionnel et des citoyens<sup>11</sup>. Le droit administratif cherchera, quant à lui, à modifier les incitations des administrations lorsqu'elles vont réglementer telle ou telle activité, pourvoir à leurs besoins par le biais de la commande publique ou offrir tel ou tel service public aux citoyens<sup>12</sup>. Le droit de la propriété transformera évidemment les incitations à la production et à la préservation des biens privés, le droit des contrats permettra d'échanger plus facilement avec des inconnus, le droit de la responsabilité modifiera le niveau de précautions que les individus vont pouvoir adopter et aura une influence sur les incitations à « rompre » un contrat si une des parties considère que ce dernier ne lui est plus bénéfique. Il est inutile de multiplier les exemples, le lecteur intéressé pourra trouver, presque systématiquement, dans la littérature, une analyse économique appliquée au champ d'étude qui est le sien.

Cette approche du droit est encore loin d'être standard en doctrine ou dans l'enseignement du

7. Ce principe de charité permet l'existence même des sciences sociales.

8. Il existe plusieurs façons de modéliser la rationalité (la rationalité peut ainsi être limitée, située, parfaite, etc.) et toute théorie du comportement non aléatoire peut être considérée comme une théorie de la rationalité.

9. Empiriquement, plusieurs études montrent que l'augmentation du taux de chômage (l'augmentation du coût d'une activité légale) est associée à une augmentation de la criminalité (qui devient plus attractive). V., par ex., T. Miles et S. Levitt, « Empirical Study of Criminal Punishment », in S. Shavell et M. Polinsky (dir.), *Handbook of Law and Economics*, North Holland, 2007, vol 1, p. 455 et s.

10. L'ouvrage fondateur de Richard Posner (*Economic Analysis of Law*) est passé d'un peu plus de 400 pages pour sa première édition à plus de 1000 dans son édition de 2014. Pour une introduction en français, voir E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2021, 932 p.

11. Voir par exemple R. Lanneau, « L'analyse économique du droit constitutionnel », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 78, 2017, p. 67 et s.

12. Quelques éléments sur le droit (public) économique peuvent être trouvés dans R. Lanneau, *Pour une analyse économique du droit des interventions de l'État dans l'économie*, Société de Législation Comparée, coll. « Droit comparé et européen », vol. 37, 2021, 249 p.

droit<sup>13</sup>. Il est d'ailleurs rare de trouver le mot incitation – et plus largement une analyse systématique du droit autour des incitations – dans les manuels de droit pour expliquer la logique des normes (ou des ensembles normatifs) présentées. La logique des incitations n'est ainsi pas utilisée pour expliquer la différence entre responsabilité pour faute et responsabilité sans faute, pour expliquer la séparation des pouvoirs ou la procédure législative, pour expliquer l'incidence des règles procédurales sur la résolution privée des litiges, etc. Cette situation est regrettable tant il semble que cette analyse permettrait de revitaliser la réflexion juridique et la lecture du droit. Elle permettrait également une approche plus pragmatique et fonctionnelle du droit.

Afin de convaincre de l'intérêt juridique d'une réflexion centrée sur les incitations dans le cadre de cette courte contribution, je prendrais l'exemple du bouclier tarifaire concernant les tarifs réglementés de vente de gaz naturel. Cet exemple ne constitue évidemment qu'un prétexte pour évoquer les différentes dimensions de l'analyse économique du droit et l'apport de cette analyse pour les juristes.

## I. Présentation du bouclier tarifaire

Le bouclier tarifaire a été mis en place par l'article 181 de la loi de finances n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 : « À compter du 1<sup>er</sup> novembre 2021 et jusqu'au 30 juin 2022, par dérogation à l'article L. 445-3 du code de l'énergie, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, les tarifs réglementés de vente de gaz naturel fournis par Engie sont fixés à leur niveau, toutes taxes comprises, en vigueur au 31 octobre 2021 ». La date de fin du bouclier a été prolongée au 31 décembre 2022 par l'arrêté du 25 juin 2022 modifiant la date de fin de gel des tarifs réglementés de vente du gaz naturel. Cette prolongation a ensuite été entérinée par la loi de finances rectificative n° 2022-1157 du 16 août 2022.

Le bouclier tarifaire ne consiste pas uniquement en un blocage (à la hausse) des tarifs réglementés. Il comprend également un mécanisme de compensation (article 181) dont la précision a évolué entre la loi de finances n° 2021-1900 et la loi de finances rectificative n° 2022-1157. « Les pertes de recettes supportées entre le 1<sup>er</sup> novembre 2021 et le 31 août 2022 par les fournisseurs de gaz naturel fournissant aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, calculées comme étant la différence entre les revenus provenant de l'application des tarifs réglementés qui auraient été appliqués en l'absence des dispositions du même I et les revenus provenant de l'application des tarifs effectivement appliqués en application de ces mêmes dispositions, constituent des charges imputables aux obligations de service public, au sens des articles L. 121-35 et L. 121-36 du code de l'énergie. Ces charges sont compensées selon les modalités prévues aux articles L. 121-37 à L. 121-41 du code de l'énergie, en tenant compte de l'acompte versé en application du second alinéa du présent III, dans la limite de la couverture des coûts d'approvisionnement effectivement supportés approuvés par la Commission de régulation de l'énergie lors de l'établissement de la formule tarifaire, pour les clients concernés, sur la période mentionnée au présent alinéa ». L'article indique ensuite que, « Par dérogation aux modalités prévues aux articles L. 121-37 à L. 121-41 du code de l'énergie, les fournisseurs de gaz naturel dont moins de 300 000 clients sont concernés par le premier alinéa du présent III ou par le IV déclarent à la Commission de régulation de l'énergie, avant le 10 janvier 2022, leurs pertes de recettes mentionnées au premier alinéa du présent III constatées pour 2021 et leurs pertes de recettes prévisionnelles jusqu'à la fin de la période mentionnée au même premier alinéa. Ces déclarations font l'objet d'une certification par leur commissaire aux comptes ou, le cas échéant, par leur comptable public. Une délibération de la Commission de régulation de l'énergie évalue, avant le 1<sup>er</sup> février 2022, le montant de ces pertes. Les

13. Plusieurs raisons ont été invoquées. V. par ex., C. Jamin, *Économie et Droit*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Puf, 2003, p. 578 et s.; N. Garoupa, et T. Ulen, « The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States », *Alabama Law Review*, vol. 59, 2008, p. 1555 et s.; R. Lanneau, « To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics », in K. Mathis (dir.), *Law and Economics in Europe*, Springer, 2014, p. 23 et s.; U. Mattei et R. Pardolesi, « Law and Economics in Civil Law Countries: A comparative Approach », *International Review of Law and Economics*, vol. 11, 1991, p. 265 et s.

pertes constatées pour 2021 font l'objet d'un acompte sur les compensations de charges de ces fournisseurs, versé avant le 28 février 2022. Par dérogation, la Commission de régulation de l'énergie peut proposer un acompte supérieur, dans la limite des pertes prévisionnelles jusqu'à la fin de la période mentionnée audit premier alinéa, si celles-ci sont de nature à compromettre la viabilité économique du fournisseur, notamment au regard de leurs conséquences sur sa trésorerie ». Il prévoit également une compensation pour les fournisseurs proposant des offres de marché indexées sur les tarifs réglementés.

À l'origine, l'article prévoyait l'introduction d'une composante de rattrapage pour le calcul des tarifs réglementés. Cette composante a disparu pour tenir compte de la disparition des tarifs réglementés de vente de gaz au 1<sup>er</sup> juillet 2023 et donc de l'impossibilité de véritablement lisser les tarifs réglementés sur une période longue.

Ce bouclier n'a pas vocation à être prolongé en 2023. Le gouvernement semble se pencher vers la possibilité d'aides ciblées à destination des Français les plus modestes<sup>14</sup>. Ce mécanisme a été mis en place pour « aider les ménages à payer leurs factures »<sup>15</sup>, et « pour protéger le pouvoir d'achat des Français »<sup>16</sup>. En effet, sur longue période, le prix du gaz avait tendance à se situer autour d'une fourchette de 2 € à 4 € (l'unité de référence est le million de BTU pour *british thermal unit*). Depuis 2021, les prix ont commencé à augmenter. Au 1<sup>er</sup> novembre 2021, le prix du gaz était de 5,186 €. Au 26 août 2022, il se rapprochait des 10 € à 9,38 €. Sans le bouclier tarifaire, la CRE estime que le prix TTC du gaz payé par les

consommateurs serait aujourd'hui 105,1 % plus cher qu'au 1<sup>er</sup> octobre 2021<sup>17</sup>. Elle estime également que, sans prolongation du bouclier tarifaire après le 1<sup>er</sup> juillet 2022, la hausse aurait été en moyenne de 51,31 % par rapport aux tarifs gelés de juin 2022<sup>18</sup>.

## II. L'approche par les incitations

Traditionnellement, l'analyse juridique se contente de décrire et parfois d'analyser la cohérence du texte<sup>19</sup>. Elle ajoute parfois quelques jugements de valeurs quant au bien-fondé du dispositif (le mécanisme est-il protecteur ?) mais elle ne s'intéresse pas aux incitations créées par le mécanisme et ses règles. L'approche par les incitations permet néanmoins d'éclairer le processus, et ses limites, sous un jour différent.

### A. Les incitations et l'adoption du texte

Il est tout d'abord possible de s'intéresser aux incitations pour comprendre l'existence de ce texte. Pour qu'il ait pu être adopté, il convient tout d'abord que le gouvernement et/ou le parlement aient pu intervenir et qu'ils aient été incités à le faire.

La possibilité d'intervention est tout d'abord déterminée par les pouvoirs qui sont alloués aux institutions. Le gouvernement et le parlement ne peuvent agir « légalement » que dans la limite des compétences qui leur ont été octroyées par le droit européen, la Constitution, les lois organiques ou les règlements des assemblées<sup>20</sup>, et selon les procédures mises en place par ces différents textes. Le droit européen limite ainsi la

14. Par exemple, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/energie-des-aides-ciblees-pour-raient-remplacer-le-bouclier-tarifaire-925109.html>

15. <https://www.gouvernement.fr/actualite/un-bouclier-tarifaire-pour-faire-face-a-la-hausse-des-tarifs-du-gaz-et-de-l-electricite>  
16. *Ibid.*

17. <https://www.cre.fr/Actualites/publication-des-baremes-applicables-pour-les-tarifs-reglementes-de-vente-de-gaz-naturel-septembre-2022>.

18. Délibération n° 2022-164, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 22 juin 2022 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel d'ENGIE, JORF n° 0150 du 30 juin 2022, p. 4.

19. V. par ex., M. Lamoureux, « À quoi sert la régulation tarifaire, À propos de la "flambée des prix de l'énergie" », *JCP E*, n° 27, 7 juill. 2022, p. 19-28. Force est cependant de constater que le mécanisme n'a pas conduit à de nombreux articles de doctrine.

20. Et les interprétations données à ces textes par les différentes juridictions.

possibilité de réglementer les prix<sup>21</sup> (et cette jurisprudence ne vise pas uniquement la réglementation en matière d'électricité et de gaz mais encadre également l'utilisation de l'article L. 410-2 du code de commerce) et c'est d'ailleurs sur cette base que les tarifs réglementés de vente de gaz ont été mis à mort et que ceux de l'électricité ont été profondément revus par la loi énergie climat du 8 novembre 2019<sup>22</sup>. Il reste cependant que, tant que ces tarifs restent en vie, ils peuvent être utilisés. Ceci explique sans doute pourquoi le bouclier tarifaire touche le gaz et l'électricité et pourquoi la régulation tarifaire n'a pas été choisie pour le pétrole ou des denrées alimentaires<sup>23</sup>.

Les possibilités d'intervention vont déterminer, en retour, l'intérêt que pourraient avoir différents groupes d'intérêts (industries, organisations non gouvernementales, associations, syndicats, citoyens, etc.) à réaliser des actions de lobbying. Après tout, comme l'indique Stigler, « *The state – the machinery and power of the state – is a potential resource or threat to every industry in the society. With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries* »<sup>24</sup>. Il est donc raisonnable de s'attendre à de telles actions lorsque des institutions peuvent effectivement octroyer des avantages directs ou indirects ; pourraient alors se retrouver ici des phénomènes de « capture » de la régulation par des groupes d'intérêts<sup>25</sup>. On pourrait considérer, sous cet angle, que la réglementation des aides d'État au niveau européen réduit le volume de lobbying en France pour l'octroi de

telles aides. On pourrait également considérer que le principe d'égalité permet de limiter la possibilité d'octroyer des privilèges à certaines catégories d'individus. Concernant le bouclier tarifaire, il est peu probable qu'il s'agisse d'une demande de la part des fournisseurs de gaz (même s'ils vont évidemment avoir un rôle dans la détermination du contenu du texte) : si la mesure leur bénéficie très certainement, les gains sont sans doute trop faibles pour justifier une action collective. Il est possible que la demande provienne de la société civile mais s'il y a eu des mobilisations contre les prix de l'énergie, il n'y a pas eu, à ma connaissance, de demandes spécifiques concernant le blocage des prix. Par ailleurs, elle reste improbable en raison des problèmes d'action collective de groupes étendus<sup>26</sup>.

L'incitation à agir ne provient pas uniquement du lobbying, elle peut également dépendre des préférences individuelles des membres du parlement ou du gouvernement. Il est possible, par exemple, qu'avant une élection d'importance, le gouvernement, ou le parlement, souhaite satisfaire ou envoyer un signal à de potentiels électeurs afin de renforcer ses chances d'être maintenu au pouvoir ou d'être réélu<sup>27</sup>. Il est également possible qu'une action soit entreprise en raison de sa valeur symbolique et des retombées « positives » sur la réputation des acteurs qui l'ont adoptée et mise en œuvre. Il est enfin possible qu'elle soit le résultat d'une volonté propre d'acteurs même si cette justification est souvent mise au second plan en analyse économique du droit.

21. CJUE, 7 sept. 2016, n° C-121/15, *Anode*. Tout particulièrement, point 36 : « Ainsi, bien qu'une intervention étatique sur la fixation du prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final constitue une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel, cette intervention peut néanmoins être admise dans le cadre de la directive 2009/73, si trois conditions sont respectées. Premièrement, cette intervention doit poursuivre un objectif d'intérêt économique général, deuxièmement, elle doit respecter le principe de proportionnalité et, troisièmement, elle doit prévoir des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantir un égal accès des entreprises de gaz de l'Union aux consommateurs ».

22. Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, JORF n° 0261 du 9 novembre 2019.

23. Un tel choix aurait, très vraisemblablement, été incompatible avec le droit européen... et, plus encore, inefficace d'un point de vue économique.

24. G. Stigler, « The Theory of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n° 1, 1971, p. 3 et s.

25. G. Stigler, « The Theory of Economic Regulation », préc. Cette théorie a ensuite été développée et complexifiée par S. Peltzman, « Toward a more general theory of regulation », *Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1976, p. 211 et s. Sur la notion de capture, on pourra également voir R. Lanneau, « Capture », in M. Bazex, B. du Marais, R. Lanneau, A. Sée, G. Eckert et C. Le Berre (dir.), *Dictionnaire des Régulations*, Lexis Nexis, 2015, 664 p.

26. V. not. M. Olson, *The logic of collective action*, Harvard University Press, 1965. Une traduction de l'ouvrage est parue aux éditions de l'université libre de Bruxelles en 2011.

27. Se retrouve ici une approche assez classique en matière de *public choice*. Pour une introduction à cette école et à son approche, voir G. Tullock, A. Seldon et G. Brady, *Government Failure, a primer in public choice*, CATO Institute, 2002, 185 p.



Lorsque l'action est entreprise « pour l'intérêt général », pour les économistes, le soupçon est de mise.

Si une institution peut intervenir et est incitée à le faire, le texte qu'elle adoptera sera souvent le résultat de compromis en raison des procédures mises en place (qui, à de rares exceptions, ne permettent pas à un individu d'agir seul) et des actions de lobbying. Si les institutions étaient incitées à agir pour faire face à la flambée des prix du gaz, d'autres options avaient été envisagées comme la baisse de la fiscalité sur le gaz (une solution promue par la CRE<sup>28</sup>), l'augmentation du chèque énergie ou des mesures ciblées. L'article 29 de la loi de finances pour 2022 prévoyait la possibilité – sans obligation – de minorer le tarif de la taxe sans que l'article ait eu à être mise en œuvre pour le moment. Le montant du chèque énergie a également été revalorisé.

Comment alors expliquer le choix du blocage des prix ? D'un point de vue économique, il serait possible d'avancer que les bénéfices de la mesure sont visibles alors que les coûts de cette dernière ne le sont pas. Les consommateurs vont ainsi pouvoir constater que le prix du gaz n'augmente pas et on pourra d'ailleurs leur rappeler l'économie qu'ils réalisent grâce à la « protection » offerte par le gouvernement et le parlement ; la réputation des acteurs de ces institutions n'en sera que plus positive. Les coûts ne sont pas visibles sur la facture. Et sauf à s'intéresser au montant des compensations offertes aux différents fournisseurs de gaz, il est difficile d'obtenir des chiffres. Le coût de 10 milliards d'euros est évoqué par le ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique en mars 2022, un coût sans doute sous-estimé au regard de l'évolution récente des prix du gaz sur les marchés. Un tel coût représente pourtant une aide moyenne de 1 250 euros par ménage couvert par le mécanisme... alors que le coût moyen d'une facture de gaz en mai 2022 était de 1 234 euros<sup>29</sup>. En tout état de cause, lorsque ce coût est évoqué, ce coût serait

« pris en charge par l'État » sans voir que, derrière ce dernier, se cache le contribuable. Ceci explique pourquoi le mécanisme est considéré comme protecteur alors que le problème est sans doute plus complexe (*infra*, III).

Il serait possible d'ajouter que les autres options envisagées n'engendreraient pas les mêmes bénéfices que la logique du bouclier tarifaire. La baisse de la taxation aurait été noyée par la hausse des prix du gaz et le consommateur ne l'aurait pas perçue au bout de quelques mois. La redistribution par des mécanismes du type « chèque énergie » semble indiquer que le gouvernement ne protège pas autant pour des raisons plus psychologiques que concrètes (*infra*, III).

### **B. Les incitations créées par le texte**

En instaurant le bouclier tarifaire, le gouvernement (au sens large) souhaitait protéger le pouvoir d'achat des Français. Ce pouvoir d'achat est sans doute protégé pour les consommateurs de gaz qui bénéficient des tarifs réglementés ou d'une indexation sur ces derniers (environ 3 millions de ménages auxquels il faut ajouter 5 millions de ménages vivant dans un immeuble avec un chauffage collectif au gaz et qui sont également couverts, depuis avril 2022 par le bouclier tarifaire<sup>30</sup>). En effet, ces derniers vont avoir accès à du gaz à un prix inférieur au prix de marché. Le prix ne constituera dès lors plus un bon signal informationnel pour la consommation.

Ce faisant, ces consommateurs ne vont avoir aucune incitation à baisser leur consommation par des actions directes ou indirectes. En effet, ils vont réaliser leurs choix en tenant compte uniquement de leurs bénéfices privés (baisse d'une facture de gaz par des actions de rénovation ou de baisse directe de la consommation) et de leurs coûts privés (le coût de consommer du gaz, c'est-à-dire le prix bloqué). La baisse de la consommation aurait sans doute pu avoir un effet positif sur les prix même si la demande française des ménages aux tarifs réglementés reste minime par

28. Délibération n° 2021-316 du 14 octobre 2021 portant avis sur le projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel, JORF n° 0249 du 24 octobre 2021.

29. Par ex., <https://tarifgaz.com/infos-pratiques/consommation-moyenne>. Le site rappelle d'ailleurs que la consommation moyenne cache une très large disparité puisque les ménages peuvent utiliser le gaz pour se chauffer ou simplement pour pourvoir à leurs besoins en eau chaude et en cuisine.

30. Décret n° 2022-514 du 9 avril 2022 relatif à l'aide en faveur de l'habitat collectif résidentiel face à l'augmentation du prix du gaz naturel, JORF n° 0085 du 10 avril 2022. À noter que le décret prévoit une compensation rétroactive pour ces ménages.

rapport à la demande mondiale. En revanche, la baisse de la consommation aurait sans doute eu des effets positifs du point de vue des émissions de gaz à effet de serre même si, une fois encore, cet impact reste minime au regard des émissions françaises. Elle aurait également eu des effets positifs sur l'industrie en supposant un risque de rationnement de la quantité de gaz offerte en France.

Les consommateurs bénéficiant de la mesure vont évidemment participer à son coût puisqu'ils sont également contribuables. Le bénéfice net de la mesure dépendra alors de leur profil de consommation. Il est cependant probable qu'ils bénéficient de la mesure puisque le coût de cette mesure n'est pas uniquement réparti entre les consommateurs de gaz au tarif réglementés mais entre tous les contribuables et que l'aide représentée en moyenne 1 250 euros par ménage. Notons également que plus un consommateur consomme de gaz, plus il sera bénéficiaire de la mesure (ceux qui se chauffent au gaz bénéficient bien plus que ceux qui utilisent uniquement le gaz pour cuisiner). Si nous supposons que ces gros consommateurs sont également les consommateurs les plus riches, la mesure redistribuera en faveur de ces derniers. Si nous considérons que ces consommateurs sont ceux qui vivent dans des passoires thermiques et sont relativement modestes, la mesure devrait redistribuer en leur faveur et pourrait constituer une mesure « sociale ». Force est néanmoins de constater que l'effet redistributif de la mesure n'a pas été pris en compte pour la détermination du mécanisme de « protection ». Notons également qu'il n'est pas certain que les petits consommateurs de gaz (ceux qui ne l'utilisent que pour cuisiner) bénéficient réellement de la mesure si l'on tient compte du coût indirect payé pour le financement du bouclier tarifaire.

Les consommateurs qui ne sont pas aux tarifs réglementés ou à un tarif indexé sur les tarifs réglementés, ou les citoyens qui ne consomment pas de gaz ne vont pas voir d'effet sur leur facture énergétique en raison de ce bouclier pour les tarifs réglementés du gaz. En revanche, ils vont contribuer au coût de ce bouclier puisque ce dernier sera payé par l'ensemble des contribuables. Il y aura donc une redistribution des

consommateurs qui ne consomment pas de gaz ou qui en consomment à un réel prix de marché, vers ceux qui en consomment, la mesure entraînant une socialisation du coût de la hausse de l'énergie. En principe, ces consommateurs sont plus nombreux que ceux qui bénéficient des tarifs réglementés, néanmoins le coût étant diffus et non visible, la probabilité d'une action collective est faible.

Les entreprises qui ne sont pas fournisseurs de gaz au tarif réglementé ou à un tarif indexé sur les tarifs réglementés vont sans doute contribuer indirectement au coût du bouclier tarifaire mais ce coût est difficile à estimer. Elles pourraient chercher à s'opposer à la mesure, mais le coût est sans doute trop diffus pour justifier une action collective.

Les entreprises qui fournissent du gaz ne sont pas incitées à s'opposer à la mesure, bien au contraire. En effet, le blocage des prix est, pour elles, sans incidence. Sans incidence sur les volumes tout d'abord puisque les ménages qui bénéficient des tarifs réglementés ne sont pas incités à baisser leur consommation. Mieux, elle est sans doute positive pour les profits de ces entreprises. Les entreprises sont en effet compensées pour la différence entre les tarifs réglementés potentiels et les tarifs réglementés « bloqués ». Ils devraient donc réaliser un profit plus important avec des tarifs bloqués et une compensation qu'avec de simples tarifs réglementés puisque la hausse de ces derniers est sans effet sur les volumes vendus. Remarquons également que la formule utilisée pour calculer le tarif réglementé a évolué en juin 2021<sup>31</sup> pour ne plus tenir compte de composantes comme le prix du baril de Brent, le prix du fioul domestique ou le prix du fioul lourd à basse teneur en soufre. Désormais, les coûts d'approvisionnement tiennent compte uniquement de paramètres liés au gaz. Ils comprennent également, concernant les coûts de commercialisation, une marge commerciale raisonnable (inutile de préciser que le niveau de raisonnable fait évidemment l'objet d'un lobbying intensif, de même que les autres composantes non objectives). Ceci signifie que la formule conduit les fournisseurs à vendre du gaz en réalisant systématiquement un profit. Le bouclier tarifaire place donc les fournisseurs dans une

31. Arrêté du 28 juin 2021 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni par ENGIE, JORF n° 0150 du 30 juin 2021.

situation tout à fait enviable et on peut donc comprendre qu'ils n'aient aucune raison de s'opposer à la mesure. En incluant les fournisseurs qui offrent des contrats à prix de marché indexé sur les tarifs réglementés, il était possible de s'assurer un soutien d'une très grande partie des fournisseurs de gaz.

L'analyse proposée jusqu'à présent est purement positive. Il s'agit de partir des incitations pour anticiper les réactions probables des différents acteurs touchés par la mesure pour déterminer si, oui ou non, la mesure atteint ses objectifs. Il est clair que la mesure bénéficie aux consommateurs aux tarifs réglementés et, parmi ces derniers, les plus gros consommateurs, mais qu'elle a un coût net pour les non-consommateurs de gaz, pour les consommateurs de gaz à tarif de marché non indexé sur les tarifs réglementés et pour l'ensemble des entreprises à l'exception des fournisseurs de gaz visés par le bouclier tarifaire. À partir de cette analyse positive, il est possible de passer sur un terrain plus normatif.

### III. Repenser le système ?

L'analyse économique s'intéresse essentiellement à l'adéquation des moyens aux fins. Dans le cas présent, si l'objectif était de protéger le pouvoir d'achat des Français, le bouclier tarifaire constituait-il la meilleure des solutions ?

Comme nous l'avons déjà montré précédemment, il serait faux de dire que ce mécanisme protège l'ensemble des ménages français puisque ceux qui ne consomment pas de gaz ou ceux qui en consomment à une offre de marché décorrélée des tarifs réglementés se retrouvent à payer, certes indirectement, pour les consommateurs de gaz qui bénéficient des tarifs réglementés. Il est possible de considérer que ces consommateurs sont « compensés » par le bouclier tarifaire en matière d'électricité mais ce n'est pas ainsi que la mesure a été défendue. Par ailleurs, rien ne permet d'affirmer que le bouclier tarifaire en matière de gaz et le bouclier tarifaire en matière d'électricité ont été conçus pour permettre aux non-consommateurs de gaz ou aux consommateurs de gaz qui ne peuvent bénéfi-

cier du bouclier d'être « compensés » pour le surcoût que le bouclier tarifaire en matière de gaz leur impose.

Plus encore, même si tous les ménages français utilisaient du gaz, cette mesure ne permettrait pas d'affirmer que le pouvoir d'achat de l'ensemble des Français est protégé. En effet, ce mécanisme a un coût pour les finances publiques et donc pour les contribuables. Il faudrait donc analyser, pour chaque ménage, le coût payé directement pour la consommation de gaz et le coût indirect payé pour le mécanisme de « protection » mis en place. Sous cet angle, il est certain que tous ne vont pas bénéficier du mécanisme si l'ensemble des coûts est pris en compte ! Plus encore, certains vont bénéficier plus que d'autres. Pour que l'ensemble des consommateurs y gagne, il faudrait que la consommation de tous les ménages soit identique et que le coût direct et indirect de la consommation de gaz soit le même que si les tarifs n'avaient pas été bloqués... ce qui signifie alors que le mécanisme est non pertinent puisque le coût est alors le même<sup>32</sup> (d'autant qu'il impose une redistribution vers les fournisseurs, ce qui aura, naturellement, un coût administratif, ne serait-ce que pour déterminer le montant de cette redistribution). Autrement dit, même dans une situation optimiste, il n'est pas possible que l'ensemble des ménages gagnent quelque chose avec cette mesure. Le dispositif va donc, de fait, redistribuer de la richesse entre les ménages (puisque certains vont réellement bénéficier de la mesure alors que d'autres vont y perdre). Il est possible de faire alors valoir le besoin de solidarité... mais le mécanisme n'est pas construit pour redistribuer de la richesse des ménages aisés vers les ménages les plus vulnérables. Il serait même possible de considérer que c'est l'inverse qui se produit si les ménages les plus consommateurs de gaz sont également les ménages les plus aisés. Il s'agit là, très clairement, d'un défaut de construction du mécanisme.

Pire, comme nous l'avons déjà montré, dans la mesure où les consommateurs ne vont pas tenir compte du coût réel du gaz pour déterminer leur consommation, ils vont consommer bien davantage que s'ils avaient à payer le coût réel de cette énergie et ils pourraient ne pas lancer

32. Il serait possible d'avancer que le coût indirect peut être lissé car il s'agit d'une forme de prêt... mais alors tout dépendra du taux d'intérêt.

des travaux qu'ils ne percevraient pas comme étant rentables au regard du prix payé pour le gaz (surtout dans l'hypothèse d'un chauffage au gaz). D'un point de vue économique, ils vont « sur-consommer » une ressource rare en raison de la distorsion du signal prix.

Sous cet angle, la volonté de revoir le mécanisme à partir de 2023 pour en faire un mécanisme plus ciblé prend tout son sens. Au lieu de contrôler les prix pour s'assurer que les Français pourront payer leur facture, il est possible de les aider à le faire via une redistribution directe sur le modèle du chèque énergie. Cette situation semble en effet bien plus pertinente pour au moins deux raisons.

D'une part, ce mécanisme ne perturberait pas le signal prix. Si le prix correspond au coût réel d'une ressource, cette ressource sera utilisée de façon optimale et économisée de façon optimale. Elle incitera ainsi l'ensemble des ménages à repenser leur consommation de gaz (en changeant de source d'énergie ou en réduisant leur chauffage) et à effectuer des travaux d'isolation qu'ils jugeront nécessaires. Il sera donc possible de s'attendre à une baisse de la consommation de gaz, ce qui devrait avoir un impact positif sur la baisse des prix... mais aussi sur la dépendance énergétique de la France et sur les émissions de gaz à effet de serre.

D'autre part, une aide financière directe est plus efficace qu'une régulation inefficace pour atteindre des objectifs de redistribution. Se retrouve ici le fameux argument de la double distorsion mis en évidence par Kaplow et Shavell<sup>33</sup> et qui est désormais standard en analyse économique du droit. Il est difficile de déterminer, par l'adoption d'une régulation qui va perturber les signaux de prix qui seront les gagnants et les perdants de cette régulation (et donc comment la richesse sera redistribuée). Refuser de prendre en compte les effets redistributifs de cette régulation semble pour le moins curieux et n'est pas sans coût sur les finances publiques (et l'argent public est également une ressource rare). À nouveau, le coût du bouclier tarifaire en matière de gaz implique que chaque ménage est

« subventionné », en moyenne, à hauteur 1 250 euros. Cette somme correspond certes, en moyenne, à l'augmentation de la facture moyenne que les ménages auraient eu à payer en l'absence de bouclier tarifaire (doublement du prix)... mais elle n'est qu'une moyenne, ce qui signifie que les petits consommateurs ne sont pas autant subventionnés que les gros consommateurs (il est même probable que seuls ces derniers bénéficient réellement de la mesure).

Avec la logique de l'aide financière, il est très facile d'identifier les ménages qui pourraient avoir des difficultés à « payer leur facture » et les ménages qui pourront parfaitement absorber l'augmentation des prix du gaz (qui est plus un problème géopolitique que structurel, et qui pourrait donc rentrer dans l'ordre une fois la situation en Ukraine résolue). Il s'agira alors de redistribuer non pas en fonction d'une consommation réelle de gaz<sup>34</sup> mais en fonction d'une consommation moyenne (estimée en raison, par exemple, de la composition d'un ménage, des usages, voire du lieu de résidence). Ce faisant, les ménages continueront d'avoir une incitation à baisser leur consommation, l'aide leur permettant alors d'être utilisée sur d'autres postes budgétaires. Il est également fort probable que l'aide nécessaire pour les ménages soit bien inférieure aux 1 250 euros en moyenne payés indirectement avec le mécanisme du bouclier tarifaire.

Si cette solution semble économiquement la plus pertinente lorsque l'État souhaite intervenir pour faire face à la flambée d'une ressource particulière, elle n'emportera pas la même adhésion que le bouclier tarifaire. Les fournisseurs de gaz percevront que la demande va diminuer ce qui aura une incidence sur leurs profits. Les partis politiques pourront faire du niveau d'aide et des seuils d'aide un enjeu de bataille politique ce qui aura sans doute tendance à négliger l'impact sur les finances publiques. Les ménages, quant à eux pourront être convaincus par des aides ciblées et décroissantes en fonction d'un critère objectif (les revenus d'un ménage par exemple) mais certains pourront se sentir « exclus ». Il est certain que les gros consommateurs y perdront, mais c'est éga-

33. L. Kaplow and S. Shavell, « Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income », *Journal of Legal studies*, vol. 23, n° 2, 1994, p. 667 et s.

34. Et, même dans ce cas, il est probable que la consommation de gaz sera moins importante que la consommation dans le cadre du bouclier tarifaire. En effet, psychologiquement, les individus vont percevoir le coût réel du gaz et l'aide sera souvent traitée de façon décorrélée de cette consommation.

lement ceux que l'on souhaite inciter à optimiser leur consommation de la ressource. Il sera d'ailleurs possible de prévoir alors des dispositifs d'aides à la rénovation pour limiter le sentiment d'exclusion.

#### IV. Conclusion

L'analyse proposée ici ne s'en tient donc pas qu'à la présentation du droit. Il y aurait sans doute beaucoup à dire sur les mécanismes de compensations et les règles en la matière. Elle permet néanmoins de mieux comprendre l'impact du droit (notamment son impact redistributif) et la pertinence d'un changement des règles (la disparition du bouclier tarifaire). Elle offre, de plus, une méthode d'approche des règles juridiques particulièrement puissante puisqu'universelle. La méthode d'approche sera ainsi la même, quelle que soit la branche du droit ou la norme analysée.

Bien sûr, il serait possible de considérer que si cette analyse est intéressante, elle ne relève pas d'une analyse juridique. Si l'analyse juridique se résume à la maîtrise du droit et de ses mécanismes, ce sera sans doute le cas. Mais, dans le cadre de cette approche, l'analyse juridique devrait renoncer à toute réflexion sur les effets et la pertinence de la norme. Il faudrait simplement

décrire et souligner, le cas échéant les problèmes d'interprétation sans jamais prendre position. Cette vision de l'analyse juridique ne correspond pas à la pratique : la doctrine se fait bien souvent normative et parfois même moralisatrice. Cette vision écarte également le juriste de toute réflexion sur la fonction du droit ou d'un ensemble de normes sur la société : il ne serait plus là pour penser le droit, simplement pour l'appliquer. Les tenants de l'analyse économique du droit considèrent que cette vision de l'analyse juridique est bien trop restrictive. Un juriste ne peut pas ignorer ces questionnements s'il souhaite être un bon juriste. La réflexion économique, mais aussi historique, sociologique et philosophique, contribue non seulement à mieux comprendre les mécanismes juridiques mais aussi à « mieux » décider lorsque des choix doivent être réalisés. Le professeur Henderson, que le juge Brandeis cite avec approbation (la formule lui est pourtant souvent attribuée), exprime cette idée d'une façon remarquable : « *Every beneficent change in legislation, comes from a fresh study of social conditions, and social ends, and from such rejection of obsolete laws to make room for a rule which fits the new facts. One can hardly escape from the conclusion that a lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy* »<sup>35</sup>.

---

35. L. Brandeis, « The Living Law », *Illinois Law Review*, vol. X, n° 7, 1916, p. 4 et s., p. 13.

# Rétrospective

---

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

---

## Faut-il corriger les abus des clauses de *bad leaver* ? Réflexions autour d'un texte de Philippe Malaurie sur la liberté contractuelle et ses limites, à propos de la révision de la clause pénale

**Valérie Lasserre**

Professeur à l'Université du Mans

*En hommage à Philippe Malaurie*

Ph. Malaurie, « La révision judiciaire de la clause pénale », *Deffrénois* 1976, p. 533. Extrait p. 536 :

« La clause pénale, comme la clause compromissoire, n'est pas une convention comme les autres, car elle soustrait au juge l'exécution du contrat. Ses avantages et inconvénients sont connus : elle assure efficacement – comme l'astreinte – l'exécution des obligations, au risque d'injustices, ce qui soulève un des problèmes majeurs de la société libérale.

L'alternative est connue : la liberté contractuelle a une inclination naturelle à provoquer dans ses excès des injustices, surtout sous le prétexte de l'efficacité ; elle n'est respectable que si ses abus sont corrigés. »

**Vitalité de l'esprit de l'Université.** Dans les innombrables discussions que j'ai eu la chance d'avoir avec Philippe Malaurie, une phrase revenait souvent comme un *leitmotiv* lorsqu'il faisait sa revue des conférences, ouvrages et colloques... Il disait qu'il était heureux de voir la vitalité de la pensée juridique à l'Université et que, à sa grande surprise et pour son plus grand bonheur, celle-ci ne fléchissait pas. J'ai donc souhaité, pour lui rendre hommage, illustrer cette vitalité de la science juridique, de la recherche et de l'Université qui lui tenait tant à cœur. En choisissant l'un de ses textes qui offre de réfléchir sur le thème classique et toujours d'actualité de la liberté, la liberté contractuelle. Si l'on tient la liberté pour la plus haute valeur permettant de garantir toutes les autres, reconnaissant par là même à l'être

humain un espace infini de responsabilité et de dignité, ses excès peuvent être la cause d'injustices. À propos de la clause pénale, lors de la réforme du 9 juillet 1975, Philippe Malaurie disait, dans l'un de ses commentaires sur cette loi : « La clause pénale, comme la clause compromissoire, n'est pas une convention comme les autres, car elle soustrait au juge l'exécution du contrat. Ses avantages et inconvénients sont connus : elle assure efficacement – comme l'astreinte – l'exécution des obligations, au risque d'injustices, ce qui soulève un des problèmes majeurs de la société libérale. L'alternative est connue : la liberté contractuelle a une inclination naturelle à provoquer dans ses excès des injustices, surtout sous le prétexte de l'efficacité ; elle n'est respectable que si ses abus sont corrigés »<sup>1</sup>. Dès qu'elle menace de créer des injustices, il faut réfléchir aux moyens d'encadrer la liberté avec des freins, des limites, des bornes, des barrières, des digues. C'est précisément le sujet de cet article, appliqué aux clauses de *bad leaver* avec une question sous-jacente : faut-il et comment corriger les abus des clauses de *bad leaver* ?

**Les clauses de *bad leaver* : une importation récente au cœur du droit de l'investissement.** En provenance du système juridique anglo-saxon, les clauses de *bad leaver* ont été importées récemment au cœur du droit de l'investissement. Elles sont définies comme des clauses qui prévoient de sanctionner le départ fautif d'un associé en aménageant la cession de ses actions à travers une promesse unilatérale de vente au profit des autres associés qui ont une option à un prix en général inférieur à la valeur vénale. Elles prévoient, par exemple, que si le mandataire social également associé ou le salarié également associé commet une faute grave dans ses fonctions, sa révocation ou son congédiement dans ces conditions emportera cession de titres sociaux avec une décote (cession à un pourcentage de la valeur vénale, à 1 euro ou à la valeur nominale)<sup>2</sup>. L'idée générale est que « si le salarié est licencié pour faute ou s'il démissionne (*bad leaver*), une décote est pratiquée sur le prix de vente ; la méthode de calcul sera au contraire plus avantageuse si le salarié quitte l'entreprise pour cause de décès, invalidité ou retraite (*good*

1. Ph. Malaurie, « La révision judiciaire de la clause pénale », *Defrénois* 1976, p. 536.

2. **Exemple n° 1** : cette promesse, souscrite pour toute la durée du Pacte peut être exercée par la société X dans l'hypothèse où le gérant cessait d'être gérant de la société Y ou en cas de « manquement » de sa part (un tel manquement étant défini comme « toute violation de l'une de ses obligations à l'égard de la société Y ou en vertu du pacte »). Cette promesse de vente pouvait être actionnée par la société X durant une période de X mois à compter de date de cessation du mandat social du gérant ou de son manquement. Enfin, en cas d'exercice de cette promesse de vente par la société X, le prix des titres du gérant devait être déterminé comme suit : en cas de départ injustifié (défini comme tout ce qui n'est pas un « départ justifié, c'est-à-dire, principalement, démission ou révocation pour juste motif »), le prix sera égal au prix d'entrée (X € par part sociale) soit Y € pour Z parts sociales, en cas de départ justifié (décès, invalidité ou une révocation sans juste motif), le prix sera égal au prix de marché défini comme suit : prix de marché total fois Z. **Exemple n° 2** : le Pacte des actionnaires prévoit ainsi en son article « Cessation de fonctions des dirigeants » qu'en cas de « licenciement pour faute lourde ou grave, au sens de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, et constatée par un jugement exécutoire en cas de contestation du motif du licenciement », la sanction financière prévue conventionnellement est la suivante : « [...] le prix de cession des titres sous option détenus directement ou indirectement par le Dirigeant concerné sera déterminé de la manière suivante : en cas de faute lourde, faute grave ou de violation, le prix de cession des titres sous options sera égal à la moyenne pondérée des prix auxquels lesdits titres ont été acquis par le Dirigeant concerné ; en cas de démission, le prix de cession des titres sous options sera égal à la valeur de marché des titres sous options moins une décote (i) de 50% si la démission intervient entre la date de réalisation et le ... 20... ou (ii) de 20% si la démission intervient à compter du ... 20... **Exemple n° 3** : Monsieur M... V... et/ou le Partenaire (un « 'Promettant A' ») s'engage(nt) en outre à céder à l'Investisseur (le « 'Bénéficiaire A' »), tout ou partie des actions qu'il détiendra, directement et indirectement, à cette date à la valeur nominale, et qu'il viendrait à détenir, directement ou indirectement, ultérieurement au résultat de l'acquisition d'actions gratuites ou de l'exercice d'options de souscription ou d'achat d'actions ou de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise dont il serait alors titulaire (les « 'Actions Objet de la Promesse A' »), droit aux dividendes attachés et libres de tout nantissement ou autre surséret de quelque nature dans l'hypothèse où, avant le troisième anniversaire de la date de signature du pacte, Monsieur M... V... et/ou Monsieur T... C... (selon le cas) : (a) cesserait toutes fonctions au sein de la société, pour un motif de démission (pour une cause autre que la maladie ou l'incapacité), de révocation ou de licenciement chacun motivé par une faute grave ou lourde ou pour un motif assimilé à une faute grave ou lourde, ou (b) se rendrait responsable d'une violation du présent Pacte. À cet effet, chaque Promettant A consent au Bénéficiaire A, qui accepte, le bénéfice de la présente promesse irrévocable de la vente (la « 'Promesse A' ») avec faculté pour celui-ci de se substituer tout salarié ou dirigeant de la Société de son choix. Le Bénéficiaire A accepte la Promesse A en tant que promesse de vente, en se réservant le droit d'en demander la réalisation si bon lui semble, dans les termes prévus aux présentes.

leaver) »<sup>3</sup>. C'est donc une clause d'indivisibilité de la qualité d'actionnaire et de salarié/dirigeant qui s'articule autour d'une promesse unilatérale de vente avec un prix décoté convenu à l'avance.

Les clauses de *bad leaver* s'intègrent dans l'ensemble plus large des clauses de sortie<sup>4</sup>. Elles sont le plus souvent insérées dans un pacte d'associés extra-statutaire, en général un pacte d'actionnaires. Elles peuvent donc évincer l'application de l'article 1843-4 du Code civil ou s'imposer à l'expert, ce qui va dans le sens des réformes

récentes<sup>5</sup>. Elles peuvent imposer le respect de règles procédurales<sup>6</sup>.

Ces clauses sont particulièrement intéressantes. D'abord, parce qu'elles sont le symbole de la force de la liberté contractuelle dans la pratique sociétaire et de la vitalité du droit des sociétés<sup>7</sup>. Ensuite, parce qu'elles ont peu à peu acquis, dans la catégorie des clauses de sortie, un régime autonome par rapport aux clauses statutaires d'exclusion<sup>8</sup>, sous le vocable francisé de

- 
3. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020, n° 1251 ; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 mars 2013, *JCP E* 2013, n° 13, p. 1183 et s. En fait, on distingue les *bad leavers*, les *medium leavers* et les *good leavers*, les premiers étant ceux qui démissionnent ou sont licenciés pour faute, les suivants étant ceux licenciés pour motif personnel non disciplinaire et les derniers quittant l'entreprise pour cause de décès, invalidité ou retraite.
  4. H. Le Nabasque, P. Dunaud et P. Elsen, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 1992, n° 5, p. 2 ; N. Borgia, « Clause de *good/bad leaver* », in F. Buy, M. Lamoureux, J. Mestreet J.-C. Roda (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, p. 415.
  5. Dans un premier temps, l'article 1843-4 du Code civil a été interprété dans le sens d'une liberté totale de l'expert dans la fixation du prix, quelles que soient les méthodes et règles d'évaluation conventionnellement prévues par les parties. La Cour de cassation a ensuite écarté l'application de l'article 1843-4 du Code civil en cas de « cession de droits sociaux ou de leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ». Consacrant la doctrine de la Cour de cassation, l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, impose à l'expert désigné par les parties ou le juge d'« appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties ». Par exemple : Soc., 7 mai 2019, n° 17-16066, Sté SCMS, F-D ; S. Messai-Bahri, « Contentieux né d'une clause de rachat forcé prévue par un pacte d'actionnaires », *Bull. Joly S.* 2019, p. 18 ; D. Noclerq, « Clause de *bad leaver* : vers les contours d'un régime juridique », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2017, n° 153, doss. n° 5, p. 36.
  6. Sur la violation de la procédure contractuelle : CA Paris, 19 mars 2013, n° 12/03448, *Gaz. Pal.* 29 juin 2013, n° 180, obs. B. Dondero. La cour d'appel de Paris a jugé que M. R. avait peut-être violé une clause essentielle du pacte, mais il n'avait pas reçu la mise en demeure de remédier à cette violation dans le délai d'un mois. Pour la cour d'appel, cette procédure de mise en demeure « ne peut être considérée comme procédant d'une simple clause de style », est une « formalité imposée par le pacte d'actionnaires », « conçue pour protéger le dirigeant visé contre tout arbitraire » et « ne peut être éludée ».
  7. B. Brignon, « La "vitalité" du droit des sociétés : clauses de *good/bad leaver*, clauses de *buy or sell* et SELAS de pharmacies », *Dr. sociétés* juill. 2015, n° 7, ét. 11.
  8. Les enjeux de la clause d'exclusion en principe sont multiples. La jurisprudence pose plusieurs conditions à sa validité : être prévue par les statuts, être conforme « à l'intérêt de la société comme à l'ordre public », ce qui suppose qu'elle doit comporter les motifs d'exclusion, préciser la procédure d'exclusion, à savoir l'organe social compétent, les délais pour que l'intéressé puisse présenter ses explications, les règles de quorum et majorité du vote incluant le droit de vote de l'associé dont l'exclusion est projetée, les formes et délais de notification à l'intéressé de la décision, et prévoir le versement à l'associé de « la valeur des droits dont il est ainsi privé », sous peine d'opérer une privation de propriété sans indemnisation : A.-F. Zattara-Gros, « L'ombre de l'exclusion », *Gaz. Pal.* 8 juill. 2014, n° 189, p. 10. Sur la validité des clauses d'exclusion statutaires et dont la mise en œuvre est au pouvoir d'un organe autre que l'assemblée des associés et sur le fait que l'associé n'est pas fondé à se prévaloir de l'inobservation du principe de la contradiction pour demander la nullité de l'exclusion au motif que le gérant a décidé son exclusion après lui avoir notifié la mise en œuvre de la procédure prévue en pareil cas, par une lettre précisant le motif de l'exclusion et l'invitant à présenter ses observations : Com., 20 mars 2012, n° 11-10.855 ; A. Constantin, « Exclusion d'un associé consécutive à la perte de sa qualité de salarié », *RTD com.* 2012, p. 348.



clause d'éviction<sup>9</sup>, clause de cession forcée<sup>10</sup> ou clause de présence<sup>11</sup>.

**Pratique de l'investissement.** Dans la pratique, ces clauses apparaissent dans les pactes d'associés à la faveur d'une opération sur capital. Il est proposé au fondateur de l'entreprise, qui reste également associé, de conserver sa qualité de dirigeant et éventuellement aussi d'être salarié. C'est donc un moyen, lors de la prise de contrôle d'une société non cotée, de préciser la place faite au cédant dans la nouvelle structure<sup>12</sup>, en ménageant, à travers une clause d'indivisibilité de la qualité d'actionnaire et de salarié/ dirigeant, à la fois l'intérêt de celui qui a créé l'entreprise de continuer ses responsabilités comme

avant, tout en augmentant le capital de son entreprise et celui des nouveaux actionnaires de conserver le savoir-faire de l'ancien dirigeant, de conserver les « personnes-clefs » en les intéressant aux résultats futurs de l'entreprise<sup>13</sup>.

D'un côté, la qualité de la gestion du dirigeant et de son engagement professionnel, ainsi que sa fidélité sont essentielles pour garantir la bonne croissance de la société, ce qui explique et justifie que les investisseurs pensent à de telles clauses dans le cadre, par exemple, d'une augmentation de capital. La clause de *bad leaver* est garante d'une gestion saine, d'une qualité du travail et d'une permanence dans l'entreprise qui doit être dictée par l'intérêt social. La rigueur de la sanc-

- 
9. Sur le rejet de la qualification de clause d'exclusion pour la clause d'option d'achat des droits sociaux en cas de cessation des fonctions, requalifiée en promesse de vente des actions : Com. 6 mai 2014, n° 13-17.349 et n° 13-19.066 ; B. Dondero, « La promesse de vente des actions contenue dans un pacte n'est pas une clause d'exclusion », *JCP E* 2014, p. 1317 ; R. Mortier, « De l'art d'expulser un associé sans encombre », *Dr. sociétés* 2014, com 182 ; Com., 29 sept. 2015, n° 14-17343 : la clause statutaire selon laquelle « tout actionnaire qui cesse d'être salarié, pour une cause quelconque, perd dès ce moment sa qualité d'actionnaire ; le conseil d'administration, s'il le juge opportun pouvant permettre à l'actionnaire cessant définitivement son activité professionnelle de conserver sa qualité d'actionnaire », s'analyse en une clause d'éviction et est licite ; B. Dondero, « L'actionnaire précaire et l'éviction qui n'est pas une clause d'exclusion », *Bull. Joly S.* 2015, p. 629 ; *Contra* : D. Gallois-Cochet, « Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », *Gaz. Pal.* 25 sept. 2018, n° 331u0, p. 50 : « nous pensons que ces arrêts ne permettent pas d'affirmer que la Cour de cassation consacre la clause d'éviction comme une notion autonome de celle d'exclusion. [...] Une qualification générique – celle de clause d'exclusion – présente l'avantage d'inclure dans son champ tous les possibles. Le rôle de la jurisprudence n'est pas d'enserrer cette liberté dans le carcan d'une typologie potentiellement incomplète, mais de fixer les limites imposées par l'ordre public sociétaire et de veiller à leur respect. C'est ce qu'elle fait en requérant l'unanimité pour l'introduction d'une clause d'exclusion dans les statuts, en refusant l'exclusion arbitraire, en imposant le paiement du prix des droits sociaux de l'associé exclu, ou encore en exigeant – dans certains cas – le respect du principe du contradictoire. Aussi peut-on se réjouir que la Cour de cassation ne suive pas la voie, ouverte par la cour d'appel de Versailles, des qualifications différenciées ».
10. Pierre Mousseron distingue ainsi de la clause d'exclusion, la « clause de cession forcée », laquelle suppose l'intervention de l'associé visé pour obtenir sa propre éviction (P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 411) ; INFOREG, « L'obligation de céder ses actions dans les SAS », *Cah. dr. entr.* 2022, n° 6, qui distingue les clauses d'exclusion, les clauses de cession forcée (*bad leaver*) et les clauses de sortie forcée.
11. A. Lecourt, « Clause d'exclusion vs clause de présence (Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416) », *RTD com.* 2017, p. 920, pour qui la clause de présence est une clause d'éviction de plein droit. Pour l'auteur, « c'est cette dimension disciplinaire qui devrait, à l'avenir, permettre de faire le départ entre ce qui relève de l'exclusion et ce qui traduit une éviction contractuellement acceptée. C'est cet aspect qui devrait constituer le pivot de l'exclusion car c'est bien l'idée de sanction qui anime l'exclusion alors que dans la promesse ou dans la clause de présence, et même si les effets sont les mêmes, c'est plutôt une ambition stratégique (contrôler la géographie du capital social, verrouiller l'accès à la gestion, fidéliser l'actionnariat...) qui sous-tend ces montages » ; F. Deboissy et P. Lokiec, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », *JCP S* 2013, n° 47, p. 1443 et s. ; V. Roche, « Salariés associés ou actionnaires : la participation des salariés au capital de la société », *JCP E* 2021, p. 1187 et s., n° 17 et s.
12. P. Merle, *Sociétés commerciales*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020/2021, n° 775, p. 914. Il faut également évoquer le cas où des salariés acquièrent des actions dans le cadre de politiques d'intéressement.
13. J. Chacornac, « Les clauses de présence dans les pactes d'actionnaires : paradis de la liberté contractuelle et enfer des actionnaires salariés », *JCP G* 2016, p. 957 : « Dans cette logique, la pratique a développé un mécanisme destiné à assurer l'indivisibilité des qualités d'actionnaire et de salarié, en vue de faire produire leur effet utile aux techniques d'entrée au capital des actionnaires. L'objectif étant d'établir un cercle vertueux entre la contribution à l'activité économique de l'entreprise et l'intéressement au développement de sa valeur, l'accès à ou le maintien de la qualité d'associé peut se trouver soumis au respect d'une condition de présence dont la validité suppose une fine articulation entre ordre public sociétaire et ordre public social (*ibid.*, n° 2 et n° 9) » ; N.-L. Ravisy, « Le sort des dirigeants des sociétés par actions dans les opérations de cession de contrôle », *Gaz. Pal.* 4 juin 2022, n° 155, p. 20 ; sur les deux cas : I/ Hypothèse de cessation des fonctions du dirigeant et II/ Le changement de contrôle se traduit alors par la consolidation des liens juridiques et financiers que les dirigeants entretiennent avec la société cible ; notamment sur les mécanismes visant à éviter le départ des dirigeants ou à en limiter les effets (aménagement contractuel du droit de démissionner ; clauses de *good leaver/bad leaver* ; engagement d'exclusivité, de non-concurrence).

tion peut se justifier par l'efficacité du droit. Au premier abord, ces clauses d'intéressement librement consenties par les parties ne devraient pas poser de difficultés particulières. Elles semblent répondre à un souci légitime des associés de se séparer d'un associé fautif ou qui cesse ses fonctions dans la société, dont les fautes et le départ ont causé ou vont nécessairement causer un préjudice à la société à travers la baisse inéluctable de la valeur de leurs titres, en tout cas perturbent le fonctionnement de la société. Pour l'associé, la promesse unilatérale de vente lui permet de compter sur la liquidité de ses titres. D'un autre côté, la mise en œuvre de ces clauses n'est pas aussi satisfaisante qu'elle pourrait l'être. À l'étude des cas, on s'aperçoit qu'il n'est pas rare de voir des dirigeants ou des *top managers* sanctionnés par une peine excessive et expulsés sans autre forme de procès de l'entreprise qu'ils ont créée et qui a été jusque-là souvent le projet de toute leur vie. Ils regrettent alors d'avoir cherché des apporteurs de capitaux. De

même, on peut craindre que la clause de *bad leaver* ne soit utilisée à dessein par les investisseurs dans les opérations de capital pour remercier sans frais le dirigeant approché par les investisseurs, dirigeant souvent à l'origine de la société refinancée.

**Analyse juridique de la clause.** Quelle est la valeur de cette clause ? Il y a eu plusieurs étapes. La première à partir des années 1980, a été une étape de validation des aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle<sup>14</sup>. Puis le principe des clauses de *bad leaver* a été admis<sup>15</sup>, à condition de respecter les conditions de mise en œuvre prévues par le pacte d'associés<sup>16</sup>. Ensuite, à partir de 2014, il y a eu l'étape de d'acquisition d'un régime propre<sup>17</sup>. La dernière a été celle du triomphe de la liberté contractuelle à la faveur d'un arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 juin 2016, qui a fait couler beaucoup d'encre en ce qu'il a validé une clause de *bad leaver* dans un

- 
14. P. Etain, « Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle », *Dr. sociétés*, juill. 2001, n° 14.
15. Soc., 2 févr. 2006, n° 03-47180 (à propos d'un plan d'options de souscription d'actions, les options devenant caduques du fait de la démission ou du licenciement); Com., 20 nov. 2012, n° 10-18966; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 mars 2013, D. c. D., *Juris-Data* n° 2013-002572, *JCP E* 2013, p. 1183 : la promesse unilatérale de vente au profit des fondateurs consentie par le salarié (un directeur commercial) qui a souscrit des actions d'une SAS peut être exercée en cas de cessation des fonctions de l'intéressé au sein du groupe et elle est assortie d'une clause de calcul de prix variant selon la cause et les circonstances du départ avec renvoi en cas de contestation du prix à une estimation à dire d'expert. Le salarié est licencié. Les fondateurs lui notifient leur intention d'acquiescer les actions et, face à son silence, le président de la société Mortier procède à l'inscription du transfert des actions au profit des bénéficiaires de la promesse dans le registre des mouvements de titres. La cour d'appel de Paris confirme la validité d'une promesse de cession en cas de licenciement du promettant assortie d'une clause de *bad leaver* avec nomination d'un expert en cas de contestation. Elle accepte également d'accorder l'exécution forcée de la promesse dès lors qu'elle a été levée sans contestation du promettant qui ne s'est opposé qu'à la transcription de l'opération dans les registres, alors que la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option.
16. Saisie d'une demande d'application d'une clause « *good leaver/bad leaver* », la cour d'appel de Paris a refusé de faire jouer l'hypothèse « *bad leaver* », dès lors que les conditions d'application de celle-ci, limitativement prévues, n'étaient pas remplies : CA Paris, 19 mars 2013, *Gaz. Pal.* 28-29 juin 2013, p. 21, obs. B. Dondero.
17. La Cour de cassation valide par principe de telles clauses ainsi que leur mise en œuvre, qu'elle refuse de qualifier d'exclusion, par exemple dans le cas de promesse unilatérale de vente des actions à 1 euro, « en cas de licenciement ou révocation dans chaque cas sans juste motif au sens de la jurisprudence commerciale » : Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349 et n° 13-19.066, *Dr. sociétés* 2014, comm. 182, obs. R. Mortier; *JCP E* 2014, p. 1317, note B. Dondero; *Gaz. Pal.* 8 juill. 2014, n° 189, p. 10, obs. A.-F. Zattara-Gros; *Rev. sociétés* 2015, p. 36, obs. M. Michineau; *RTD civ.* 2014, p. 642, obs. H. Barbier, très critique : « Pourquoi dire alors que la présence d'une promesse unilatérale de vente au sein d'une clause de sortie empêche d'y voir un mécanisme d'exclusion ? Multifonction si l'on ose dire, le droit d'option peut être ici perçu comme le support de l'exclusion de l'associé » ; « La processualisation du droit d'option qui en résulterait, pour stimulante qu'elle soit d'un point de vue théorique – l'exercice de l'option serait précédé d'une procédure contradictoire et autorisée uniquement en cas de juste motif – n'en serait pas moins lourde d'un point de vue pratique » ; Com., 3 févr. 2015, n° 13-28.164, *Bull. Joly S.* 2015, p. 188, obs. S. Schiller : le fondateur a gardé deux mandats sociaux; il a été révoqué pour faute grave au sens du droit du travail; la perte du droit de céder les titres dans des conditions favorables était conditionnée à une « faute assimilable à la faute grave ou lourde au sens du droit social français » ; Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, *Dr. sociétés* 2016, comm. 43, obs. R. Mortier; *Dr. sociétés* 2016, ét. 3, obs. H.-L. Delsol; *Gaz. Pal.* 2016, n° 333, obs. B. Dondero : il s'agissait d'un départ à la retraite; l'expert avait exactement appliqué l'article 1843-4 du Code civil en faisant cette évaluation, conformément aux termes du pacte d'actionnaires, à la date de la cession, soit celle de la levée de l'option.

cas où l'associé avait été licencié sans cause réelle et sérieuse<sup>18</sup>.

L'analyse juridique de la clause de *bad leaver* permet d'en souligner plusieurs traits saillants : l'unilatéralisme de la sanction, la charge de la preuve de la faute et la caractérisation du préjudice. La clause de *bad leaver* organise de toute évidence une sanction unilatérale qui se réalise par le jeu de la levée d'option dans le cadre de la promesse unilatérale, l'imposition automatique au cédant d'un prix de cession de titres décoté et le transfert des titres par leur inscription dans le registre de mouvement des comptes<sup>19</sup>. Rien d'exceptionnel si l'on rappelle que, principalement judiciaires à l'origine, les sanctions de l'inexécution du contrat se sont à la fois « unilatéralisées » et « déjudicialisées » à la faveur de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016. Mais pour bien comprendre le jeu de l'unilatéralisation, il faut en percevoir toutes les conséquences. La position procédurale de l'associé sanctionné en est inéluctablement affectée. Si l'associé à l'égard duquel la clause de *bad leaver* est mise en œuvre considère que sa faute n'est pas caractérisée, c'est à lui qu'il lui reviendra de saisir les tribunaux afin d'obtenir la cession de ses actions à leur valeur vénale. S'agissant de la charge de la preuve de la faute, elle repose sur l'associé à l'égard duquel la clause de *bad leaver* est mise en œuvre. Il devra prouver qu'il n'a commis aucune faute, une preuve négative difficile. Toutefois, la charge de la preuve sera *de facto* partagée entre les deux parties, car la société cherchera également à forger la conviction du juge dans le sens de l'existence d'une faute. Il arrive que la clause précise que la faute doit être grave, en renvoyant au sens donné par le droit du travail. Pourtant, des difficultés sur-

gissent, car en cas de contentieux devant les deux juridictions, les deux actions devant les juges prud'homaux et devant le tribunal de commerce seront liées par ce point commun de la qualification de faute grave. Avec des risques de contradiction ou de double peine (lorsque la même faute est invoquée – à tort – dans le contentieux prud'hommial et dans celui de la révocation du dirigeant pour faute) et même parfois la nécessité de demander un sursis à statuer au tribunal de commerce<sup>20</sup>. S'agissant du préjudice subi par la société, la clause de *bad leaver* comporte une sanction sans nul égard pour le préjudice. Cela peut s'entendre si l'on considère que lorsque la faute est grave, le préjudice pour la société est souvent élevé. Mais ce n'est pas toujours le cas. La faute peut être grave sur le principe tout en causant un préjudice minime. L'application de la clause apparaîtra abstraite et déconnectée de la réalité, dans tous les cas, excessivement sévère si la décote aboutit à une perte importante pour l'associé évincé.

**Économie de la clause. Plan.** D'où plusieurs questions : faut-il corriger les abus des clauses de *bad leaver* ? Les clauses de *bad leaver* doivent-elles être encadrées ? Sont-elles compatibles avec les principes du droit français ? Sur quel fondement faudrait-il en corriger les injustices ? Ces questions soulèvent d'énormes enjeux, tant économiques que juridiques, tant moraux que pratiques. Des enjeux économiques, parce que l'une des faiblesses du capitalisme français est celle des investissements dans l'économie. Il faut veiller à ne pas faire fuir les capitaux des investisseurs par des solutions juridiques inopportunes. Des enjeux juridiques aussi. En effet, l'intelligence la plus fine de la matière exige une analyse juridique complexe qui mêle les règles du droit

18. Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, *Rev. sociétés* 2017, p. 85, note Y. Marjault ; D. 2016, p. 2042, note D. Baugard et N. Borga ; *AUCA* 2016, p. 391, obs. C. Coupet ; *RTD civ.* 2016, p. 614, obs. H. Barbier ; *Gaz. Pal.* 6 sept. 2016, n° 30, p. 60, note J.-M. Moulin ; *JCP S* 2016, p. 1329, note Y. Pagnerre ; *JCP S* 2016, p. 939, obs. F. Azoulay ; *JCP E* 2016, 1504, obs. S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Pignebat ; *Bull. Joly S.* 2017, p. 23, obs. E. Schlumberger ; *JCP G* 2016, p. 957, obs. J. Chacornac.

19. E. Mathey, « Transfert d'actions : Ne faut-il obéir qu'aux ordres... de mouvement ? », *Gaz. Pal.* 19 nov. 2013, n° 323, 155e6.

20. CA Paris, pôle 5, ch. 8, 7 sept. 2010, n° 08/15245, *Castelli c. SARL Victoire Holding*, *Bull. Joly S.* 2011, n° 2, p. 125, obs. F.-X. Lucas : « Considérant que la contestation opposée par M. Castelli aux prétentions de la société Victoire Holding ne porte plus sur le principe de la cession de ses actions au profit de l'intéressée mais sur la validité du paragraphe 4 de l'article 5 du pacte d'actionnaires relatif à la fixation du prix de cession et aux termes duquel : « Par exception, en cas de licenciement pour faute lourde, le prix de cession par action serait égal à la valeur nominale libérée de l'action » ; que dès lors, le présent litige est susceptible de se présenter sous un tout autre jour si le licenciement de M. Castelli est jugé sans cause réelle et sérieuse ; que la décision qui sera rendue dans l'instance prud'homale est en effet déterminante de l'application du paragraphe ci-dessus reproduit ; qu'il apparaît de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer sur la validité de cette clause, objet du présent litige, dont l'application est susceptible d'être écartée à l'issue de l'instance prud'homale, et par suite, sur l'ensemble des demandes des parties ».

des sociétés à celles du droit du travail<sup>21</sup> et aux techniques juridiques du droit des contrats. Des enjeux moraux car de telles clauses sont au cœur de la moralisation du droit des sociétés et des pratiques de financement. Des enjeux pratiques enfin, car leur traitement peut intéresser tous les opérateurs économiques dans les opérations de rachat ou d'augmentation de capital, quelle que soit la taille des sociétés en cause.

Il n'est pas illégitime de s'interroger sur la licéité et l'efficacité des clauses de *bad leaver* au regard des normes du droit français, tant, premièrement, de la règle spéciale de la prohibition des sanctions pécuniaires en droit du travail (I), que, deuxièmement, des règles générales du Code civil (II).

## I. Analyse des clauses de *bad leaver* au regard de la prohibition des sanctions pécuniaires en droit du travail

**Amendes et sanctions pécuniaires.** – Une question se pose lorsqu'un associé lié par une clause de *bad leaver* est également salarié. Si l'article L. 1331-2 du Code du travail<sup>22</sup> interdit « les amendes ou autres sanctions pécuniaires » dans les relations de travail, « la décote imposée au *bad leaver* n'est-elle pas une sanction prohibée par ce texte ? »<sup>23</sup> Il faut répondre par l'affirmative. En effet, la qualité d'associé ne devrait pas écarter les règles protectrices du salarié. L'application du Code du travail ne devrait pas être impactée par le double statut de salarié et d'associé. Le statut de salarié ne devrait pas sortir affaibli de la présence parallèle de la qualité d'associé. Pourtant, l'arrêt de la chambre com-

merciale de la Cour de cassation du 7 juin 2016, qui fait désormais jurisprudence sur le sujet, semble avoir réduit à une peau de chagrin les dispositions d'ordre public du Code du travail sur la prohibition des sanctions pécuniaires<sup>24</sup>. La Cour de cassation défend une position excessivement libérale en écartant l'application du principe d'ordre public de prohibition des sanctions pécuniaires (A); une telle doctrine illustre les défaillances du contrôle de la mise en œuvre de la clause de *bad leaver* à l'égard du salarié (B).

### A. La position excessivement libérale de la Cour de cassation

**Motivation.** – En l'espèce, un salarié embauché par une filiale a accepté des actions gratuites de la société mère en signant une clause qui prévoyait que le salarié actionnaire s'engageait à céder ses actions en cas de licenciement (sauf faute grave ou lourde) à un prix minoré de 50 % par rapport à leur valeur. Licencié pour faute simple, et alors que le Conseil des Prud'hommes avait jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié a invoqué la nullité de la clause. La Cour de cassation ne l'a pas suivi aux motifs que la clause n'était pas illicite dans son objectif d'amélioration de la rémunération de l'intéressé, d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise et que la décote s'appliquait dans « toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire ». Pour la Cour de cassation, le prix de cession « dégradé du coefficient 0,5, ne s'analyse pas en une sanction pécuniaire prohibée, en ce qu'elle ne vise pas à

21. Sur le conflit entre deux logiques, du droit du travail et du droit des sociétés : A. Cœuret, « Existe-t-il une jurisprudence sociale en droit des sociétés ? », *Dr. sociétés* 2014, fiche pratique n° 2 (« Est-ce qu'il y a un ascendant du droit du travail sur le droit des sociétés ? Un mariage obligé ? »); L. Dauxerre, « Contrat de travail – Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ? », *JCP S* 30 janv. 2007, n° 5, p. 1049; V. Roche, « Salariés associés ou actionnaires : la participation des salariés au capital de la société », *JCP E* 2021, p. 1187.

22. L'article L. 1331-2 du Code du travail énonce : « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite ».

23. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020, n° 1251.

24. Voir note *supra* n° 18.

sanctionner un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif »<sup>25</sup>.

**Arguments pro.** – Que faut-il penser de cet arrêt ? Dans le sens favorable à cette solution, il y a plusieurs arguments. Premièrement, la chambre commerciale a repris l'avis de la chambre sociale qui a considéré que la clause de *bad leaver* ne constituait pas une sanction pécuniaire prohibée. Est-il raisonnable de demander à la chambre commerciale d'être plus protectrice des salariés que la chambre sociale ? Deuxièmement, il a semblé injustifié d'appliquer une solution analogue à celle qui a prévalu dans une affaire où une stipulation privait un salarié de la faculté de lever ses *stock-options* en cas de licenciement pour faute grave. Une telle stipulation a été considérée comme une sanction pécuniaire prohibée, en ce qu'elle prive le salarié du droit de lever l'option et de réaliser, le cas échéant, une plus-value<sup>26</sup>.

L'arrêt du 7 juin 2016 a eu une portée considérable ; tout le monde a bien compris que le poids de la liberté contractuelle avait fait pencher la balance vers les investisseurs qui avaient dès lors toute latitude pour rédiger des clauses de présence générales afin de passer à travers les fourches caudines de l'ordre public social<sup>27</sup>. Pourtant, à l'étude, on s'aperçoit que la solution de la chambre commerciale n'est pas satisfaisante, en

dépît du fait que ses motifs sont revêtus d'une apparence globale de légitimité. Elle a certes opéré le contrôle de la licéité de principe, mais elle s'y est bornée, alors qu'elle aurait dû initier un contrôle de la mise en œuvre de la clause, en prenant en considération la motivation du licenciement (pour faute) et également l'absence de cause réelle et sérieuse<sup>28</sup>. Ainsi sa solution repose de toute évidence sur des défaillances du contrôle de la mise en œuvre de la clause de *bad leaver*.

### **B. Les défaillances du contrôle de la mise en œuvre de la clause de bad leaver à l'égard du salarié**

**Arguments contra.** – Contre cette solution plusieurs arguments peuvent être également objectés, lesquels ont été plus largement mis en relief par les commentateurs travaillistes que par ceux de la matière commerciale. Premièrement, l'ordre public. En effet, « une solution jurisprudentielle bien ancrée veut qu'un salarié ne peut être tenu pour responsable, à l'égard de l'employeur, des conséquences pécuniaires de fautes commises dans l'exécution du contrat de travail qu'en cas de faute lourde. Cette exigence étant d'ordre public, elle tiendrait en échec toute clause visant à autoriser une indemnisation de l'employeur hors de cette faute lourde »<sup>29</sup>. Deuxièmement, la clause comprenait une double décote, celle dans

25. « Attendu, de troisième part, qu'ayant relevé que la clause prévoyant la décote de la valeur des actions en cas de licenciement participait de l'équilibre général du contrat et s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise, la cour d'appel en a justement déduit que la cause de la convention litigieuse n'était pas illicite ; Et attendu, enfin, que la clause d'un pacte d'actionnaires passé entre un salarié, détenant des actions de la société qui l'emploie, dont partie lui a été remise à titre gratuit, et la société mère de son employeur, en présence de ce dernier, prévoyant que le salarié promet irrévocablement de céder la totalité de ses actions en cas de perte de cette qualité, pour quelque raison que ce soit, et qu'en cas de cessation des fonctions pour cause de licenciement autre que pour faute grave ou lourde, le prix de cession des titres serait le montant évalué à dire d'expert dégradé du coefficient 0,5, ne s'analyse pas en une sanction pécuniaire prohibée, en ce qu'elle ne vise pas à sanctionner un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, dès lors qu'elle s'applique également dans toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire ».

26. Soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026, *Bull. civ. V*, n° 227 ; *Rev. sociétés* 2010, p. 505, note Y. Marjault ; *D.* 2010, p. 1197, note H. Guyader ; *Dr. soc.* 2010, p. 117, obs. G. Couturier ; *RDT* 2010, p. 28, obs. G. Auzero ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 26, obs. D. Gallois-Cochet ; *D.* 2010, p. 1197, obs. L. Perrin ; *JCP E* 2010, p. 1145, n° 5, obs. F. Deboissy et G. Wicker : « Qu'en statuant ainsi, alors que la privation de la faculté de lever les options en cas de licenciement pour faute grave constitue une sanction pécuniaire prohibée qui ne pouvait être prévue par le plan de "stock-options", de sorte qu'un plan d'options d'achat de la société ne peut prévoir la caducité des options en cas de licenciement du bénéficiaire pour faute grave ».

27. J.-M. Moulin, « Le sort d'un mécanisme de *bad leaver* en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Gaz. Pal.* 6 sept. 2016, n° 30, p. 60.

28. Exemple de contrôle de la mise en œuvre : CA Paris, 30 mars 2022, n° 21/02463 qui a jugé que la mise en œuvre de la clause de *bad leaver* doit également être annulée, puisqu'il n'y a pas eu de fait générateur (cessation des fonctions non justifiée) du fait de l'annulation des révocations de MM. B... et F...

29. D. Baugard et N. Borga, « L'admission ambiguë des clauses de *bad leaver* », *D.* 2016, p. 2042, n° 14. Mais, depuis 2009, elle soumet les conventions et accords collectifs au respect de cette règle d'ordre public (Soc., 21 oct. 2009, *Bull. civ. V*, n° 227 ; Soc., 11 févr. 2009, *Bull. civ. V*, n° 42).

le cas d'un licenciement pour faute grave ou lourde et celle, de 0,5, dans les autres cas de licenciement : « Un traitement distinct pour des comportements considérés comme fautifs était donc prévu, susceptible d'être qualifié de sanction pécuniaire »<sup>30</sup>, comme le note un auteur. Troisièmement, on s'interroge sur l'application de la clause en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, donc abusif. Comment peut-on raisonnablement accepter que le déclenchement d'une clause soit constitué par un abus ? Faut-il admettre que la logique libérale du droit des sociétés détruit l'un des pans les plus essentiels du statut de salarié ?<sup>31</sup> Le licenciement abusif ne souligne-t-il pas nécessairement l'absence de faute du salarié, remettant en cause le but recherché par les contractants ?<sup>32</sup> Ne doit-on pas considérer que le but de la convention est illicite, en ce qu'il permet possiblement de sanctionner un salarié non fautif par la mise en œuvre de la clause de *bad leaver* ?<sup>33</sup> Ou faut-il croire que

l'abus concernant le licenciement n'impacte pas le but de la promesse en ce qu'il est un fait, un simple fait générateur, et non le but prévu par le contrat, laissant indemne la validité même de l'engagement pris dans le cadre de la promesse ? En allant encore plus loin, la levée de l'option ne devrait-elle pas être rendue caduque par le caractère abusif du licenciement ? La contrepartie pour l'associé (l'équilibre général du contrat et les objectifs de la distribution gratuite d'actions) n'est-elle pas illusoire ?<sup>34</sup> La Cour de cassation a jugé « que le caractère illicite du licenciement décidé par les sociétés n'a pu atteindre la validité même de l'engagement pris par la société »<sup>35</sup>. En toute logique et en se calquant sur le modèle de la jurisprudence sur les *stock-options*, puisque l'exécution forcée de la cession des actions est refusée, le salarié devrait pouvoir demander au Conseil des Prud'hommes réparation du préjudice subi du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse, en apportant la preuve du dommage

30. *Ibid.*

31. A. Couret, « Existe-t-il une jurisprudence sociale en droit des sociétés ? », *Dr. sociétés* 2014, 2, p. 40 : « Pour autant, la Cour de cassation demeure fidèle à sa solution concernant l'éventuel exercice des options par le salarié licencié. Deux thèses s'affrontent. Une plus favorable aux droits des salariés. Le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'empêcherait pas le bénéficiaire du plan de stock-options par le salarié injustement licencié. À défaut, on serait en présence d'une instrumentalisation insupportable du licenciement. L'autre, plus proche de la logique du droit des sociétés, considère que la faute commise par l'employeur s'applique au licenciement, non à l'inexécution du plan d'options. Les droits attachés aux options ont bel et bien été perdus par le salarié. La jurisprudence a consacré cette deuxième thèse qui débouche sur une simple indemnisation du préjudice subi par les salariés. Sous l'angle du droit des sociétés, dès lors que les parties ont réglé la question dans un pacte d'actionnaires, la liberté contractuelle paraît devoir prévaloir et les modalités d'évolution des titres relèvent indiscutablement de cette liberté » ; J. Chacornac, « Les clauses de présence dans les pactes d'actionnaires : paradis de la liberté contractuelle et enfer des actionnaires salariés », *JCP G* 2016, p. 957.

32. S. Castagné, « La perte de la qualité d'associé ou comment rédiger une clause d'éviction ou une clause de "good/bad leaver" », *Dr. sociétés* 2016, form. 2.

33. E. Savaux, « Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes d'actionnaires », *RDC* 2017, p. 21.

34. *Ibid.*

35. Com., 20 nov. 2012, n° 10-18966 : « Attendu que la société SC HP fait grief à l'arrêt du 31 mars 2010 de la condamner sous astreinte à signer les actes de cession à la société Fipars des parts des sociétés Setec, Terrasol et Hydratec et des actions Fibsetec, alors, selon le moyen, que les conventions, fussent-elles licites, doivent être exécutées de bonne foi ; qu'ainsi, en déboutant M. X... de sa demande tendant à voir rejeter les demandes de cession forcée de la société Fipars comme contrevenant à l'exécution de bonne foi des conventions, au motif inopérant que "le caractère illicite du licenciement n'a pu atteindre la validité même de l'engagement pris par la société SC HP représentée par M. X... de céder les actions et parts sociales qu'elle détient conformément à son objet, dans la mesure où le licenciement détermine l'exécution de l'obligation mais n'a pas d'incidence sur l'engagement contracté", après avoir elle-même relevé que le départ de l'entreprise étant intervenu dans des circonstances irrégulières ou déloyales, la demande d'exécution de l'obligation de rétrocéder les titres est elle-même contraire à la règle d'exécution de bonne foi des conventions, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ; Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que le caractère illicite du licenciement décidé par les sociétés Setec consultants et Setec TPI n'a pu atteindre la validité même de l'engagement pris par la société SC HP représentée par M. X... vis-à-vis de la société Fipars de lui céder les actions et parts sociales qu'elle détient conformément à son objet ; que le moyen n'est pas fondé » ; F. Deboissy et P. Lokiec, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », préc.

à raison de l'obligation de céder à bas prix les actions détenues<sup>36</sup>. Quand on sait combien l'appréciation et l'évaluation de la perte de chance sont hasardeuses, on se demande quel intérêt il peut y avoir à étendre la jurisprudence appliquée aux *stock-options*<sup>37</sup>.

Quatrièmement, l'argument de l'actionnaire majoritaire qui n'est pas l'employeur semble fallacieux<sup>38</sup>. Certes, pour tomber sous le coup de la prohibition, la sanction pécuniaire ne doit pas seulement être prise à la suite d'un comportement considéré comme fautif et affecter la rémunération du salarié; elle doit aussi émaner de l'employeur. Or, en l'espèce c'est l'actionnaire de la société mère qui a levé l'option. Mais de deux choses l'une. Soit il y a un écran entre les deux personnes morales et la clause de *bad leaver* fondée sur un objectif d'intéressement prévue par la société mère perd alors sa raison d'être du fait même de l'existence de l'écran. Soit on considère qu'il y a bien une unité d'intérêts éco-

nomiques entre la société mère et la filiale justifiant une politique d'intéressement organisée par la société mère (*de facto*, s'il n'est pas l'employeur, c'est bien l'actionnaire majoritaire qui prend les décisions ou tout au moins les valide dans la filiale) et il n'y a alors aucune raison légitime d'écarter l'application des dispositions d'ordre public du droit du travail<sup>39</sup>.

Enfin, l'Avocat général auprès de la chambre sociale avait, dans son avis, estimé que les clauses de *bad leaver* « répondent bien à une logique de sanction du salarié qui, licencié du fait de sa faute ou de son comportement, est contraint non seulement d'abandonner sa qualité d'actionnaire mais se voit imposer un prix de rachat des titres assorti d'une décote, étant souligné que pour partie au moins, ces titres devaient constituer pour lui un complément de rémunération ». Au reste, la Cour de cassation a bien jugé que la clause « s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'in-

36. J.-M. Moulin, « Le sort d'un mécanisme de *bad leaver* en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse », préc. : « L'on sait que dans le domaine voisin des stock options, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà pu décider que l'absence de caractère réel et sérieux du licenciement du salarié bénéficiaire d'un plan d'options n'avait pas d'incidence sur l'application des clauses subordonnant la levée des options à la présence du salarié dans l'entreprise : le salarié a certes droit à la réparation de son préjudice mais il ne saurait prétendre au maintien de ses options. Pour le dire autrement, la Cour de cassation juge régulièrement que le salarié qui ne peut, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, exercer les options sur titre qui lui ont été attribuées, subit un préjudice qui doit certes être réparé mais il ne saurait pour autant prétendre au maintien des options qui lui avaient été précédemment allouées. Des raisons d'opportunité peuvent expliquer cette solution : la réintégration exceptionnelle du salarié dans l'effectif de l'entreprise, au terme d'une procédure souvent longue, qui conduirait à attribuer des actions à un ancien salarié, ce qui serait en contradiction totale avec l'idée de fidélisation ayant présidé à la mise en place du mécanisme d'intéressement par octroi de titres de capital. D'où l'idée répandue que seule une réparation par équivalent prenant la forme de dommages et intérêts puisse être envisagée ».

37. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le salarié qui, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne peut exercer les options sur titres qui lui avaient été consenties ne peut prétendre à une exécution forcée en nature mais seulement à une réparation par équivalent : Soc., 29 sept. 2004, n° 02-40.027, D. 2004, p. 2656; *Rev. sociétés* 2005, chron. p. 396, note B. Saintourens; *RTD civ.* 2005, p. 396, obs. J. Mestre et B. Fages; *Bull. Joly S.* 2005, p. 95, note J.-J. Daigre; *JCP E* 2005, p. 131, étude J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; Soc., 1<sup>er</sup> déc. 2005, n° 04-41.277, *Dr. soc.* 2006, p. 452, obs. Ch. Radé; *JCP S* 2006, p. 1177, note R. Vatinet. L'intéressé devrait désormais établir et évaluer le préjudice résultant de l'impossibilité pour lui de lever ses options ou d'entrer définitivement en possession des titres de la société. Lorsque le préjudice est caractérisé, se pose ensuite la question de son évaluation. Pour la Cour de cassation, le préjudice s'analyse en une perte de chance dont l'indemnisation ne peut être égale à « l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » : Soc., 18 mai 2011, n° 10-12.043.

38. *Contra* : Y. Marjault, « Validité des clauses de *bad leaver* imposées à un actionnaire salarié », note sous Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978 (FS-P-B), *Rev. sociétés* 2017, p. 85; F. Azoulay, « Le mécanisme du *bad leaver* appliqué au salarié investisseur dans un LBO n'est pas illicite », *JCP* 2016, p. 939.

39. E. Savaux, « Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes d'actionnaires », préc. : « La cour d'appel de Versailles avait rejeté la qualification en s'attachant à relever le fait que la clause litigieuse avait été conclue avec la société mère de l'employeur de la salariée "laquelle n'(était) pas son employeur". L'affirmation pouvait être discutée, car si elle était formellement exacte, la société employant la salariée était, comme c'est souvent le cas en pratique, intervenue à l'acte litigieux, ce qui peut rendre en pratique la ligne de démarcation assez poreuse. De plus, l'employeur était en l'espèce contrôlé à 98 % par la société cocontractante, ce qui peut achever de confondre les intérêts. Pour dire les choses autrement, il n'est pas exclu que le droit du travail régisse un pacte d'actionnaires passé entre un salarié et la société mère de son employeur pour ce qui concerne les conditions de cession des actions ». Dans ce sens aussi : R. Mortier, *Dr. sociétés* 2016, comm. 180.

téressée »<sup>40</sup>. C'est la logique de la clause, son esprit, qui fournissent les motifs de son intelligence. Le fait que la clause ne soit pas insérée dans le contrat de travail n'influe pas sur ce jugement.

### L'indispensable application des dispositions d'ordre public.

– Il faut exercer une vigilance particulière et aiguisée quant à l'application des dispositions d'ordre public. Lorsque l'associé lié par une clause de *bad leaver* est salarié, rien ne devrait pouvoir empêcher l'application des dispositions protectrices du Code du travail, à condition bien sûr que le fait générateur de la mise en œuvre de la clause soit en lien avec l'exécution du contrat de travail. Qu'est ce qui pourrait justifier qu'un accord d'intéressement puisse valablement mettre en échec des dispositions d'ordre public ? Le statut de salarié doit tout simplement prévaloir en tant qu'il relève de l'ordre public de protection. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a récemment rendu une excellente décision dans ce sens : « Cette mise en œuvre de la promesse de vente des actions à la valeur nominale, c'est-à-dire pour un montant très inférieur à leur valeur, à l'égard de M. R..., salarié, s'analyse en une sanction pécuniaire, celui-ci se trouvant dépossédé, à vil prix, des actions de la société qu'il avait créées, moins d'un an après avoir été engagé en qualité de salarié et cette cession forcée n'étant prévue lors d'un licenciement qu'en cas de faute grave ou

lourde, c'est-à-dire pour un motif disciplinaire. Il s'ensuit que cette clause dite de *bad leaver* doit être réputée non écrite en application de l'article L. 1331-2 du Code du travail »<sup>41</sup>.

Aucun des arguments de la chambre commerciale n'est juste, en dépit des apparences. Les juges devraient faire une application stricte du principe de prohibition des sanctions pécuniaires lorsque l'associé est salarié, même si, à l'heure actuelle, le paradoxe de cette solution ne peut être que souligné puisque le salarié fautif sera mieux traité que celui qui n'a commis aucune faute<sup>42</sup>. Dans le cas de l'arrêt du 7 juin 2016, il aurait été plus juste de juger la clause non pas invalide dans sa généralité mais inefficace dans le cas particulier, puisque l'associé avait été licencié pour faute et que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse. En d'autres termes, si la clause est rédigée de manière large, comme dans l'arrêt du 7 juin 2016, on peut la considérer comme licite mais à condition d'en contrôler la mise en œuvre. Par suite, l'application de la clause en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse devrait être jugée abusive ou illicite<sup>43</sup>. S'agissant de la rédaction de la clause, un auteur explique qu'« un soin particulier doit être apporté à la rédaction de la clause de *bad leaver* pour éviter la qualification de sanction pécuniaire prohibée mais également pour déterminer les événements qui seront susceptibles d'entraîner son application »<sup>44</sup>.

40. *Contra* : F. Azoulay, « Le mécanisme du *bad leaver* appliqué au salarié investisseur dans un LBO n'est pas illicite », préc. : « cette rémunération ne constitue pas du salaire au sens du Code du travail, du moins tant qu'elle comporte un aléa représenté par le risque capitalistique pris par l'investisseur ».

41. CA Paris, 12 mai 2022, n° 20/05597.

42. M. Caffin-Moi, *JCP E* 2016, p. 1554, n° 7 : « Autrement dit, il suffit de rédiger la clause de manière très large pour échapper au grief tiré du droit du travail » ; F. Deboissy et P. Lokiec, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », préc., n° 15 : « Ce type de clause devrait toutefois rester valable si elle se réfère uniquement au licenciement pour motif personnel, sans préciser fautif. Ce qui risque de produire un effet pervers, d'ores et déjà connu du droit du travail, à savoir pousser à stipuler des clauses de présence générales pour éviter de tomber sous le coup des sanctions pécuniaires. Cela revient à mieux traiter le salarié licencié pour faute que celui licencié pour motif économique » ; J. Chacornac, « Les clauses de présence dans les pactes d'actionnaires : paradis de la liberté contractuelle et enfer des actionnaires salariés », *JCP G* 2016, p. 957 : « Comme salarié, le promettant se trouvera plus avantage dans le cadre d'un licenciement disciplinaire que dans celui d'un licenciement pour motif personnel autre que disciplinaire, totalement à rebours de la logique économique qui préside à la hiérarchie entre les *bad, medium* et *good leavers*. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de la solution que de condamner implicitement une clause de variation du prix à l'égard d'un salarié qui aurait commis des fautes justifiant son licenciement ».

43. J. Chacornac, « Les clauses de présence dans les pactes d'actionnaires : paradis de la liberté contractuelle et enfer des actionnaires salariés », préc. : « D'une part, la clause de prix n'avait-elle pas une cause illicite en ce qu'elle pouvait trouver à s'appliquer à un licenciement dépourvu, comme en l'espèce, de cause réelle et sérieuse ? »

44. J. Heinich, « Pactes d'actionnaires clause de *bad leaver* et clause de non-concurrence », note sous CA Paris, pôle 5, ch. 8, 21 oct. 2021, n° 18/211284, A. c. *SASU Archipel*, *Rev. sociétés* 2022, p. 226 ; M. Caffin-Moi, *JCP E* 2016, p. 1554, n° 7 : « Finalement, les clauses de *bad leaver* ne peuvent être analysées de la même manière selon qu'elles sont consenties par un dirigeant ou par un salarié. Les rédacteurs de pactes d'actionnaires, spécialement dans le cadre d'opérations de LBO, devront y prêter la plus grande attention ».



Deuxième cas de figure. Lorsque l'associé n'est pas salarié, mais dirigeant, ou qu'il est salarié mais qu'il n'est pas licencié pour faute, il faut éviter que les clauses de *bad leaver* ne soient un produit d'appel dans un marché de l'illusion, une monnaie de change dans un marché de dupes. Pour cela, d'autres instruments de contrôle de leur licéité et de leur mise en œuvre doivent être envisagés, au regard cette fois des règles du Code civil.

## II. Analyse des clauses de *bad leaver* au regard des règles du Code civil

On étudiera, d'abord, la qualification de clause pénale (A), avant d'envisager d'autres institutions (B).

### A. Qualification en clause pénale

**Clause de *bad leaver* et clause pénale.** – La clause de *bad leaver* n'est-elle pas une clause prévoyant une sanction forfaitaire en cas de mauvaise exécution par l'associé du pacte d'associés ? En conséquence, ne devrait-elle pas être qualifiée de clause pénale et soumise à son régime en application de l'article 1231-5 du Code civil ? C'est l'avis de certains auteurs<sup>45</sup>. Nous allons en faire l'hypothèse, pour en observer les effets.

**Hypothèse de la qualification de la clause de *bad leaver* en clause pénale.** – Il y a deux conditions pour pouvoir qualifier une clause de clause pénale : il faut que le débiteur s'engage à payer une somme forfaitaire, en cas d'inexécution fautive du contrat<sup>46</sup>. Lorsque la somme prévue dans la clause est supérieure au préjudice, c'est une peine privée. La première condition semble exister pour une clause de *bad leaver*, c'est la réduction de la valeur des actions de l'associé évincé à un montant forfaitaire (soit fixe, soit calculable par référence à un pourcentage). La seconde semble également présente : la faute dans l'exécution du pacte d'associés. On retrouve donc bien les éléments de la clause pénale. Tout d'abord, le montant préfixé de la réparation puisque le prix de rachat et la quotité de titres sont fixés à l'avance, comme pénalités<sup>47</sup>. Ensuite l'existence d'un manquement, caractérisé par l'inexécution des obligations convenues dans le pacte extra-statutaire<sup>48</sup>. Quant à l'intérêt d'une clause pénale, il est triple : tout d'abord, ne pas subir les difficultés de l'évaluation des dommages et intérêts (intérêt d'efficacité lié à la dispense de preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice<sup>49</sup>) ; ensuite, réparer le préjudice (intérêt de réparation) ; enfin, dissuader le débiteur de ne pas exécuter (intérêt d'incitation ou de pression sur le débiteur par des dommages et intérêts punitifs dépassant la réparation du seul

45. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1251 : « fondamentalement, les clauses de *bad leaver* fondées sur un licenciement pour faute ont la nature d'une clause pénale et devraient donc pouvoir faire l'objet d'une modération judiciaire » ; Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », *Actes pratiques* 2006, n° 86, p. 1 ; P. Lokiec et F. Deboissy, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », préc., n° 17 : « les clauses de "*bad leaver*" fondées sur un licenciement pour faute ont la nature d'une clause pénale et peuvent donc faire l'objet d'une modération judiciaire » ; F.-X. Lucas, « Influence d'une instance prud'homale en cours sur l'application d'une clause de *bad leaver* », *Bull. Joly S.* 2011, n° 2, p. 125 : « Il n'en demeure pas moins que, même s'il apparaît difficile de le requalifier en clause d'exclusion, un mécanisme de type *bad leaver* s'inscrit dans une logique de sanction que l'on peine à voir infliger à l'associé qu'elle frappe, sans qu'elle soit entourée de la moindre garantie. Les égards dus au droit de propriété de l'associé sur son titre commandent qu'on lui offre une protection minimum. Celle-ci pourrait s'inspirer de la proposition, formulée par un auteur, de qualifier de clause pénale ce dispositif d'élimination de l'associé salarié moyennant un prix inférieur à la valeur de ses droits sociaux, cette peine qu'est la privation d'une partie de la valeur des titres pouvant alors être modérée par le juge » ; *Contra* : B. Brignon, « La "vitalité" du droit des sociétés : clauses de *good/bad leaver*, clauses de *buy or sell* et SELAS de pharmacies », *Dr. sociétés* 2015, ét. 11, n° 3 : « Pourtant, à bien y réfléchir, leur validité paraît peu contestable. Sur le terrain de la clause pénale c'est discutable, tout comme sur celui du droit des biens, du droit de la propriété. Quant au droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de considérer que ces clauses constituaient des sanctions financières prohibées par le Code du travail ».

46. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 705. : « La clause pénale est un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée ».

47. Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », préc.

48. *Ibid.*

49. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 2006, n° 05-20.065 : « La clause pénale, sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution ».

préjudice intégral). Précisément la clause de *bad leaver* réunit ces trois fonctions : d'efficacité, indemnitaire et comminatoire. Il s'agit bien d'une sanction de nature forfaitaire en cas d'inexécution d'une obligation définie dans le pacte d'associés (notamment une obligation de présence).

### Conséquences de l'absence de soumission de la clause de *bad leaver* au régime de la clause pénale.

— La mise en œuvre d'une clause de *bad leaver* peut être extrêmement sévère. Plus le dirigeant possède un grand nombre de titres et plus ceux-ci ont pris de la valeur depuis la signature du pacte d'associés, plus le risque d'une peine extrêmement forte sera élevé, et cela indépendamment du préjudice causé à la société par la faute du dirigeant. Sans que l'on puisse invoquer le caractère dérisoire du prix de cession<sup>50</sup>. C'est évidemment le but recherché par l'insertion de cette clause : inciter le dirigeant à réaliser une bonne gestion et à rester dans la société en le menaçant d'une épée de Damoclès. Toutefois, la question d'une éventuelle disproportion manifeste entre le préjudice subi par la société par la faute du dirigeant et la peine convenue mérite d'être posée. Il existe trois sortes de disproportions. La disproportion classique interne entre le préjudice subi par la société à cause de la faute du dirigeant et la peine infligée. Ensuite, la faute risque d'être sanctionnée plusieurs fois si celui-ci est aussi salarié, la première par le droit social, la deuxième fois par le droit commercial – sans parler du droit pénal. C'est la disproportion externe liée au cumul des peines. En effet, il apparaît souvent que l'application de la clause entraîne un cumul des sanctions : la perte des indemnités de licenciement et des indemnités de préavis en cas de faute grave, la perte de l'indemnité de révocation du dirigeant, cumulées avec transfert des actions à leur valeur nominale ou avec une décote, le tout

pouvant avoisiner les centaines de milliers d'euros. À cela s'ajoute la disproportion procédurale puisque l'associé évincé devra s'engager dans des procédures judiciaires longues de plusieurs années devant plusieurs tribunaux différents, s'il conteste la réalité ou la nature des fautes à l'origine de la décote appliquée à ses titres.

### Proposition d'application du régime de la clause pénale à la clause de *bad leaver*.

Pour clarifier et améliorer le régime des clauses de *bad leaver*, et pour moraliser cette pratique contractuelle, il ne serait pas inutile de les soumettre au régime de droit commun de la clause pénale, c'est-à-dire aux dispositions de l'article 1231-5 du Code civil permettant au juge « même d'office », de « modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire », ce pouvoir de modération étant d'ordre public. L'impact d'une telle requalification sur la pratique de l'investissement serait extrêmement fort. En effet, comme l'a souligné un auteur, « seule l'éventualité d'une révision conduit à priver la sanction d'une grande partie de son efficacité »<sup>51</sup>.

**Objections et justifications.** On objectera, premièrement, que le droit des sociétés est un droit spécial qui peut déroger au droit commun. Mais on manque de justifications pour expliquer la sévérité des clauses de *bad leaver* et leur dérogation à un texte d'ordre public de la théorie générale des contrats. On objectera, deuxièmement, que la liberté contractuelle est d'autant plus sacrée en matière économique que les parties sont des acteurs économiques habitués à s'entourer de conseils. Pourtant, les requalifications de clauses en clauses pénales ont déjà été nombreuses en matière économique. Et depuis la réforme du 9 juillet 1975, le juge vérifie qu'il n'y a pas de « disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le mon-

50. C. Coupet, « Validité d'une clause de *bad leaver* liant une salariée », *AJ Contrats* 2016, p. 391 ; Y. Marjault, « Validité des clauses de *bad leaver* imposées à un actionnaire salarié », *préc.*, n° 10. : « D'autre part, toute décote est-elle admissible ? Une décote ramenant le prix de cession des actions à un euro ou, plus raisonnablement, à leur valeur nominale, est-elle acceptable en tout état de cause ? Sans doute la limite réside-t-elle dans le caractère dérisoire du prix... Toutefois, une réserve à la validité et à l'efficacité des clauses de *bad leaver* peut être apportée, dans l'hypothèse où le prix des actions serait manifestement trop éloigné du prix de marché. Le salarié ou le dirigeant pourraient alors tenter de soulever l'existence d'une contrepartie dérisoire au moment de la conclusion du contrat. Le quantum de 50 % de la valeur des actions ne nous paraît pas suffisant à démontrer ce caractère ».

51. Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », *Actes pratiques* 2006, n° 86, p. 2.

tant conventionnellement fixé »<sup>52</sup>, sans que cela passe pour une atteinte éhontée à la liberté contractuelle. On objectera, troisièmement, que la révision des clauses pénales constitue un régime exorbitant du droit commun de la force obligatoire. Pourtant, les dérogations à l'intangibilité des conventions ont toujours été envisagées dans des cas similaires, depuis l'ancien droit, à l'aide de fondements multiples (la cause illicite, l'ordre public, l'abus de droit, la fraude à la loi, la lésion)<sup>53</sup>. On objecte, enfin, qu'il existe de nombreuses raisons de ne pas toucher aux clauses de *bad leaver* : « la force obligatoire de la convention, l'approche pragmatique de ces clauses, les garanties nécessaires à l'association des salariés à la gestion, la protection de l'intérêt social, l'attrait pour les entreprises des outils de rapprochement du capital et du travail »<sup>54</sup>. Ces arguments sont indéniablement fondés. Toutefois, dans le cadre du bilan des intérêts protégés que l'on se doit de réaliser, il faut juger le traitement des abus de la liberté contractuelle comme intérêt majeur. Car les abus de la liberté contractuelle sont une menace pour la liberté elle-même.

Si l'on peut être convaincu de la nécessité de qualifier les clauses de *bad leaver* en clauses pénales, la question de la faisabilité juridique de cette opération doit être traitée. Une telle qualification peut sembler difficile au premier abord, puisqu'en principe la clause pénale sanctionne l'inexécution d'une obligation principale du contrat par le débiteur. Or, en l'espèce, ce n'est pas la promesse unilatérale de vente qui fait l'objet d'une inexécution, mais le pacte d'actionnaires. La faute n'est que la condition suspensive de l'efficacité de la promesse, de sa mise en œuvre ; elle lui est donc extrinsèque. D'où la question : peut-on qualifier de clause pénale une clause insérée dans une promesse unilatérale

instaurant l'inexécution du pacte d'associés dans lequel elle se trouve, en condition suspensive de la réalisation de la promesse ? L'extériorité de l'inexécution par rapport à l'acte contenant la clause peut-elle mettre en échec la requalification de celle-ci ? Le fait qu'il n'y ait *a priori* aucun paiement de la part du débiteur d'une somme au titre de la pénalité, puisqu'au contraire l'associé sortant est créancier du prix calculé avec un effet de minoration, empêche-t-il la requalification en clause pénale ? Force est de constater l'originalité de la technique employée articulée autour de la promesse unilatérale de vente, très éloignée des clauses pénales classiques.

Que faut-il penser de cette objection liée à la faisabilité juridique ? Premièrement, il n'est pas inutile d'en revenir au dispositif de la clause de *bad leaver* qui consiste à créer une indivisibilité entre la promesse unilatérale et les engagements pris dans le cadre du pacte d'associés. C'est précisément une telle indivisibilité qui permet d'envisager un ensemble contractuel composé d'une clause de prix exécutant un rôle de clause pénale<sup>55</sup>. Comme l'explique un auteur, « c'est la conjonction de la condition suspensive et des conditions financières du rachat qui donne un caractère comminatoire à l'ensemble »<sup>56</sup>. « La promesse de cession engagement unilatéral, ne saurait être extraite de l'ensemble contractuel que constitue le montage de reprise, elle n'est que l'un des accessoires d'une opération plus vaste sans laquelle elle ne saurait exister. Or la motivation du dirigeant à s'engager à céder ses titres vient de ce que les investisseurs financiers ont réalisé des apports »<sup>57</sup>. Deuxièmement, pour sortir de cette impasse, il faut analyser l'économie du dispositif, son esprit, son objectif. Il ne faut pas laisser les promesses unilatérales devenir le cheval de Troie des abus et des injustices, ni les pactes d'associés organiser l'effacement des dis-

52. Com., 11 févr. 1997, n° 95-10851 : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité, impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

53. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 626.

54. C. Coupet, « Validité d'une clause de *bad leaver* liant une salariée », *AJCA* 2016, p. 391.

55. « Le fait qu'elle (la clause pénale) ne soit pas incorporée matériellement dans un contrat n'est pas un obstacle. D'une part, ce n'est pas une condition de sa validité, et d'autre part, dans les opérations de rachat impliquant des investisseurs financiers, l'opération est décomposée en une multitude de contrats interdépendants », Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », *préc.*, p. 2.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

positions d'ordre public. D'autant plus, troisièmement, que le dispositif global semble valider l'enrichissement de l'associé majoritaire qui lève l'option pour des raisons liées à un préjudice qui serait subi par la société, ce qui semble difficilement justifiable. N'y a-t-il pas ici, en effet, un enrichissement sans cause ? Quatrièmement, la décote affectant le prix, prévue par la clause de *bad leaver*, est indéniablement dotée d'une nature indemnitaires : c'est la valeur vénale moins les dommages et intérêts punitifs, ce qui permet dès lors de faire rentrer le dispositif dans les conditions de l'article 1231-5 du Code civil qui prévoit le paiement d'« une certaine somme à titre de dommages et intérêts ». Cinquièmement, lorsqu'une clause prévoit des dommages et intérêts punitifs, quelle que soit la forme utilisée, appliqués à l'inexécution d'obligations contractuelles, celle-ci ne doit-elle pas nécessairement être qualifiée de clause pénale, sous peine de violer les dispositions d'ordre public de l'article 1231-5 du Code civil ? Enfin, les textes les plus classiques du Code civil n'ont jamais échappé au pouvoir de l'interprétation, dès lors que celle-ci est apparue légitime. C'est notamment l'interprétation qui a permis d'appliquer le pouvoir modérateur du juge dans les cas de peine négative (majoration d'un taux, non-restitution de la somme déjà versée au créancier, privation d'une somme à laquelle le débiteur aurait eu droit s'il avait correctement exécuté le

contrat)<sup>58</sup>. Il faudrait donc considérer que dans le cas où la prohibition des sanctions pécuniaires n'est pas en jeu, la clause de dévalorisation du prix des titres contenue dans la promesse unilatérale de vente s'applique dans les conditions de droit commun du contrôle des clauses pénales<sup>59</sup>.

**Qualification de la clause de dévalorisation du prix en clause pénale. Conséquences pratiques.** Requalifiée en clause pénale, la clause de dévalorisation du prix dans la clause de *bad leaver* entraînera des conséquences pratiques. Pour l'appliquer, il faudra prouver, d'un côté, la mise en demeure d'exécuter, à condition que l'exécution soit encore possible, et l'imputabilité de l'inexécution à l'associé. De l'autre côté, il faudra apporter la preuve de la disproportion manifeste entre le préjudice subi par la société et la peine prévue par le pacte d'associés. L'application de la clause entraîne souvent un cumul des peines. En laissant même de côté la perte des indemnités de licenciement et des indemnités de préavis en cas de faute grave (lorsque le dirigeant est aussi salarié), la perte de l'indemnité de révocation du dirigeant se cumule souvent avec le transfert des actions à leur valeur nominale ou avec une décote. En comparant le résultat du cumul des sanctions et le préjudice économique certain causé à la société, il sera possible de caractériser la pénalité manifestement excessive. Toutefois cela suppose non seulement une analyse écono-

58. Du fait de la double finalité de la clause pénale réparatrice et indemnitaires : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 2007, n° 400, p. 304 ; Com., 14 juin 2016, n° 15-12.734, D. 2016, p. 1628, comm. D. Mazeaud, dans un cas où l'indemnité litigieuse avait été stipulée pour compenser la jouissance du matériel par le locataire au-delà du délai dans lequel il devait être restitué. Pour le demandeur, celle-ci ne constituait donc pas une clause pénale. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que, « même si pour partie, l'indemnité de jouissance prévue par le contrat représente pour le bailleur une contrepartie du service dont le locataire continue de bénéficier après le terme de la location en conservant les matériels loués, cette indemnité vise également à contraindre le locataire à restituer le matériel loué et constitue une évaluation forfaitaire et anticipée du montant du préjudice résultant pour le bailleur de l'inexécution, qui s'applique du seul fait de celle-ci » ; dès lors « la cour d'appel a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale ». Pour D. Mazeaud, « Qu'on réserve le débat aux clauses pénales, telles que définies par l'article 1226 du Code civil, ou qu'on l'étende aux clauses d'indemnisation forfaitaire prévues par l'article 1152, alinéa 1<sup>er</sup>, du même code, il est aujourd'hui acquis que seules les clauses contractuelles qui fixent une sanction forfaitaire en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, imputable au débiteur, entrent dans le champ d'application de l'article 1152, alinéa 2, et peuvent donc, à condition d'être manifestement excessives, être réduites par le juge. Tel n'est pas le cas des indemnités qui sont mises à la charge d'un contractant en contrepartie soit du droit de ne pas consentir à un contrat (indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse unilatérale de contrat), soit du pouvoir de se délier unilatéralement d'un contrat valablement formé (débit stipulé dans une vente, par exemple), soit du pouvoir de résilier unilatéralement un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme extinctif (indemnité de résiliation anticipée), soit du droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée (indemnité de résiliation), soit de l'exercice d'un droit d'exécuter le contrat par anticipation (indemnité de remboursement anticipé), soit de l'exécution d'une obligation de ne pas faire (indemnité compensatrice de non-concurrence), soit, comme le décide en creux l'arrêt commenté, en contrepartie d'un avantage dont un contractant bénéficie après l'expiration du contrat ». Le juge peut supprimer la peine en cas d'absence de préjudice : en ce sens, au sein d'une jurisprudence constante, Com., 8 avr. 2015, n° 13-26.734, D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki.

59. S. Castagné, « La perte de la qualité d'associé ou comment rédiger une clause d'éviction ou une clause de "good/bad leaver" (à propos de Cass. com. n° 14-17.343, 29 sept. 2015 : *JurisData* n° 2015- 021771) », *Dr. sociétés* 2016, formule 2.

mique qui peut s'avérer très délicate<sup>60</sup>, mais aussi que les magistrats acceptent de réduire effectivement la pénalité dans de justes proportions. L'avantage de la clause pénale est de permettre un contrôle objectif de la peine manifestement excessive. La requalification en clause pénale serait un mode de contrôle très efficace des clauses de *bad leaver*. Mais d'autres instruments de contrôle de ces clauses peuvent être envisagés<sup>61</sup>.

### **B. Clause léonine, clause potestative, prix dérisoire, déséquilibre significatif, abus de dépendance, juste indemnité**

Peuvent ainsi être mobilisés la police des clauses léonines et des clauses potestatives, ainsi que le contrôle du prix dérisoire, de l'abus de dépendance, du déséquilibre significatif et de l'existence d'une juste indemnité.

**Clause léonine.** Premièrement, la clause ne serait-elle pas léonine ? Ce n'est pas sûr car « seules les conventions statutaires par lesquelles les associés conviennent que l'un d'entre eux sera affranchi de toute contribution aux pertes ou exclu de toute participation aux bénéfices constituent des clauses léonines interdites »<sup>62</sup>. Non seulement la clause de *bad leaver* subordonne la perte de la valeur des actions à un événement incertain qui n'arrivera peut-être pas et en tout cas qui arrivera dans un certain délai pendant lequel le prix des actions peut varier. Ensuite, le plus souvent ce n'est pas une clause du tout ou rien. De surcroît, « le fait d'accroître sa participation dans une société, même à bon

compte, n'est pas de nature à exonérer de toute participation aux pertes, au contraire »<sup>63</sup>.

**Clause potestative.** Deuxièmement, la clause ne serait-elle pas potestative ? En effet, lorsque la société révoque son dirigeant lié par une clause de *bad leaver*, on peut craindre que le déclenchement de la cession ne dépende que d'une seule volonté (de fait celle des associés majoritaires), éventuellement même abusive, d'une partie qui elle-même ne peut avoir qu'intérêt à la révocation du fait de la clause de décote. Pourtant, récemment la Cour de cassation a de nouveau rappelé les limites de cette qualification. Ainsi, par un arrêt du 22 septembre 2021, et par des motifs de pur droit, elle a jugé qu'« aux termes de l'article 1170 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher; ne revêt pas un caractère potestatif une condition dont la réalisation dépend, non de la seule volonté du créancier de l'obligation mais de circonstances objectives susceptibles d'être contrôlées judiciairement »; puis elle juge « qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'aux termes de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, du pacte minoritaire, Mme U. s'engageait à vendre ses titres en cas de révocation pour juste motif; qu'il s'ensuit que n'étant pas au seul pouvoir de la société H., la condition litigieuse tenant à la révocation de Mme U. ne pouvait entraîner la nullité

60. *Contra* : « La démonstration de l'existence d'un préjudice est aisée à réaliser. Même dans l'hypothèse où la valeur des titres n'a pas baissé, la société (et le dirigeant qui l'anime) qui ne réalise pas la croissance espérée est responsable de l'immobilisation d'un capital qui aurait pu être mieux employé ailleurs », Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », préc., p. 3.

61. « Le droit des obligations qui pourrait apporter plusieurs fondements visant à contester la validité de certaines stipulations », J.-M. Garinot et R. Vabres, « Rachat forcé à la valeur nominale », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 sept. 2021, n° 20-15.817 (FS-B), *Sté de Gaulle Fleurance et associé, Rev. sociétés* 2022, p. 28.

62. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1990, *Bull. Joly S.* 1990, p. 1052, note P. Le Cannu. Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avr. 1987, n° 85-11.774, *Rev. sociétés* 1987, p. 395, note D. Randoux; Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716, *Bull. civ. IV*, n° 95 : une cession d'actions à un prix minimum, même entre associés, ne peut constituer, sauf fraude, une clause prohibée par l'article 1844-1 du Code civil qui vise les seules clauses portant atteinte au pacte social. A.-F. Zattara-Gros, « L'ombre de l'exclusion », *Gaz. Pal.* 8 juil. 2014, n° 189, p. 10 : « Certes, l'on sait que la jurisprudence de la chambre commerciale est moins rigoureuse que celle de la chambre civile, laquelle annule de telles promesses lorsque la clause figure dans les statuts, laissant ouverte la question de la validité d'une telle clause qui serait contenue dans un pacte extra-statutaire. Elle en affirme la validité, hors cas de fraude, dès lors que de telles promesses sont, d'une part, contenues dans un instrument extrastatutaire et, d'autre part, consenties à prix plancher, ce qui suppose de réunir certains critères : ne pas avoir le même objet que le contrat de société et, *in fine*, assurer l'équilibre de l'ensemble des conventions entre les parties; ne pas faire disparaître l'aléa social auquel le nouvel actionnaire est soumis ».

63. Y. Le Maut, « Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale », préc., p. 1.

de l'obligation »<sup>64</sup>. Le caractère potestatif de la clause de *bad leaver*, qui est très présent dans les analyses critiques<sup>65</sup>, semble ressortir de trois éléments combinés : la marge d'appréciation de la société relevant de son pouvoir exclusif, le contrôle du juge *a posteriori* de la justification de la révocation, enfin l'expropriation automatique d'une partie de la valeur des titres de l'associé. Premièrement, le juste motif de la révocation est susceptible d'une appréciation et d'une interprétation extrêmement larges et subjectives, ce qui rend plausible et tangible le caractère potestatif de la condition (dépendant dès lors de la seule volonté de l'actionnaire majoritaire de la société, débiteur du paiement du prix de cession des titres). Deuxièmement, en cas de révocation pour injustes motifs, la sanction n'est pas la réintégration mais des dommages et intérêts, ce qui est propre à accorder ses pleins effets à une levée d'option abusive et, de ce seul fait, à illustrer le caractère potestatif de la condition. Troisième-

ment, le caractère potestatif est encore souligné par la dévalorisation du prix des actions achetées à l'associé sortant, c'est-à-dire la remise forcée du prix de ses titres. Quelle que soit la force de ces arguments, il n'est pas certain qu'ils soient suffisants pour caractériser le caractère potestatif de la clause de *bad leaver* au sens juridique strict.

**Prix dérisoire.** Troisièmement, la nullité de la clause pour prix dérisoire est envisageable, mais le prix dérisoire (1 euro par exemple) n'est pas le cas de décote le plus fréquent. De surcroît, il faudrait répondre à l'argument de la nature indemnitaires de la décote affectant le prix.

**Déséquilibre significatif.** Quatrièmement, on peut également s'interroger sur l'existence d'un déséquilibre significatif. Toutefois, le déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur d'adéquation du prix à la prestation, ce qui rend son invocation en l'espèce sans objet puisque les

64. Com., 22 sept. 2021, n° 19-23.958, *Mme U. c. SAS Menway Holding*, F-D (rejet pourvoi c. CA Nancy, 4 sept. 2019); *Dr. sociétés* 2022, comm. 1, note R. Mortier; *Bull. Joly S. déc.* 2021, n° 2005, p. 17, note C. Barrillon : La cédante prétendant, d'une part, avoir été victime de manœuvres dolosives de la part de la société H. au motif que l'opération effectivement réalisée lui avait été dissimulée, et, d'autre part, que la promesse de cession des actions était affectée d'une condition potestative, a sollicité l'annulation du protocole d'accord et du pacte d'actionnaires, outre le paiement de dommages-intérêts. La cour d'appel de Lyon (CA Lyon, 15 oct. 2015, n° 14/04470) a jugé que la clause de *bad leaver* n'était pas potestative au sens des articles 1170 et 1174 du Code civil; J. Heinich, « Condition et pacte d'actionnaires : les limites de la potestativité », note sous Com., 22 sept. 2021, *RDC* 2022, p. 62 : « Ainsi la Cour poursuit-elle, pour apprécier la licéité des clauses de *bad leaver*, une logique purement contractuelle : conformément au droit commun contractuel, les parties à un pacte d'actionnaires sont libres de déterminer les modalités d'évaluation des droits sociaux de l'associé objets de la cession, lorsque ce dernier perd la qualité de salarié ayant présidé à l'attribution de ces actions. En ce sens, la solution est conforme à la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil (Ord. n° 2014-863 du 31 juill. 2014) qui met à l'honneur la liberté contractuelle en matière de cession de droits sociaux »; v. A. Rabreau, « Validité d'une promesse de cession d'actions subordonnée à la révocation pour juste motif des fonctions de président de l'associé promettant », *Gaz. Pal.* 14 déc. 2021, n° 44, p. 61, pour qui les arguments de la décision sont tout à la fois inopérants et erronés : « Inopérants tout d'abord en ce qu'ils se fondent sur les termes de l'article 1170 du Code civil, en faisant fi de ceux, décisifs, de l'article 1174 qui, rappelons-le, énoncent très clairement que seul le pouvoir du débiteur sur la réalisation de la condition est susceptible d'entraîner sa nullité. Dès lors, le fait que la société H., par l'exercice de son droit de vote, ait eu le pouvoir de voter la révocation de Mme U. importait peu. Erronés ensuite en ce que, à supposer que la réalisation de la condition ait été entre les mains du débiteur de l'obligation, la circonstance, encore relevée par la chambre commerciale, que le juste motif de révocation soit soumis au contrôle des juges nous paraît insuffisant pour établir le caractère simplement potestatif de la condition. En effet, le contrôle du juge ne peut avoir pour effet de remettre en cause le pouvoir de révoquer mais uniquement d'accorder au dirigeant évincé une compensation financière en l'absence de juste motif »; J. Heinich, « Pactes d'actionnaires clause de *bad leaver* et clause de non-concurrence », note sous CA Paris (pôle 5, ch. 8, 21 oct. 2021, n° 18/211284, A c. *SASU Archipel*), *Rev. sociétés* 2022, p. 226. Déjà : CA Paris, pôle 5, ch. 8, 28 févr. 2012, RG n° 10/16807 : « L'engagement de céder ses titres en fonction du lien reconnu entre la qualité d'actionnaire et les fonctions salariales n'est pas une condition potestative de la part de celui qui s'oblige; il doit donc être exécuté.

65. M. Caffin-Moi, *JCP E* 2016, p. 1554, n° 7 : « L'argument, quoiqu'il confonde illicéité et inexistence de la cause, n'est pas dénué de pertinence, dès lors que la clause a pour effet de contraindre un associé à céder à bas prix, même si le licenciement ne lui est aucunement imputable. Voilà qui fleure la potestativité... »; J.-M. Moulin, « Le sort d'un mécanisme de *bad leaver* en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Gaz. Pal.* 6 sept. 2016, n° 30, p. 60 : « Mais n'est-ce pas alors sur le terrain de la potestativité qu'il conviendrait d'envisager la faculté ainsi reconnue au débiteur du prix de pouvoir échapper aussi aisément à une partie non négligeable de ses engagements conventionnels en remerçant, sans cause, celui qu'il souhaitait tant associer à la réussite de son entreprise ? »; F. Deboissy et P. Lokiec, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », *JCP S* 2013, n° 47, p. 1443, pour qui la validité d'une clause de présence dépend de son caractère non potestatif, de sa conformité à l'intérêt social et à l'ordre public.

clauses de *bad leaver* portent bien sur l'objet principal du contrat, la réduction du prix *in fine*<sup>66</sup>.

**Abus de dépendance.** L'abus de dépendance, peut, cinquièmement, être invoqué<sup>67</sup>. À condition pour l'associé évincé de prouver l'état de dépendance dans lequel il s'est trouvé lors de la signature du pacte d'actionnaires à l'égard des associés majoritaires, son caractère abusif et déterminant de son engagement, enfin l'avantage manifestement excessif au profit des actionnaires majoritaires. Il est probable que la réunion de toutes les conditions de l'article 1143 du Code civil sera le plus souvent extrêmement difficile à établir pour le dirigeant<sup>68</sup>; elle le sera peut-être moins pour un salarié<sup>69</sup>.

### Expropriation. Juste et préalable indemnité.

Force est néanmoins de constater que la clause de *bad leaver* contient des ferments d'abus. En effet, il ne s'agit pas nécessairement d'un exercice abusif, mais dès le début d'un pouvoir potentiellement abusif, du fait que la levée de l'option dans certaines conditions emporte une dévalorisation du prix des titres sociaux achetés à l'associé évincé, en d'autres termes du fait de l'automatisme de son effet sur le prix d'acquisition par rapport à la valeur vénale. Elle est donc nécessairement intrinsèquement problématique,

en ce qu'elle génère potentiellement – et comme on l'a vu parfois abusivement – pour l'associé sortant une remise forcée du prix de ses titres à la faveur du bénéficiaire de la promesse lui-même à l'initiative de la levée de l'option. En d'autres termes, ce n'est pas l'éviction en soi qui est abusive, mais ce sont les conditions d'expropriation des titres dans lesquelles l'actionnaire majoritaire cessionnaire se trouve à la fois juge et partie, juge des causes de l'éviction et partie intéressée à la cession à un prix décoté<sup>70</sup>. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, désormais applicable à toutes les appropriations privatives, pourrait donc être valablement invoqué au soutien de l'annulation de la clause de *bad leaver*, dès lors qu'elle aboutit à priver l'associé sortant d'une juste et préalable indemnité<sup>71</sup>.

**Conclusion.** Pour conclure, Philippe Malaurie a écrit, à propos de la règle du Code civil antérieure à la loi du 9 juillet 1975 sur l'intangibilité de la clause pénale : « Un texte qui rend licite le terrorisme contractuel doit d'urgence être réformé ». Dans la même ligne, des clauses qui imposent des conditions abusives doivent être fermement dénoncées et évitées. La liberté contractuelle, parce qu'elle est l'une des plus hautes valeurs contenues dans le système juridique, ne peut pas admettre que la pratique

66. E. Lamazerolles, « Quelques idées reçues sur les pactes d'associés », *JCP E* 2019, p. 1349, n° 5.

67. Y. Marjault, « Validité des clauses de *bad leaver* imposées à un actionnaire salarié », note sous Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978 (FS-P-B), *Rev. sociétés* 2017, p. 85, n° 3.

68. J. Heinich, F. Patrizio, « La protection des actionnaires minoritaires. Etat des lieux et perspectives », *JCP E* 2018, p. 1185, n° 11 : « Pour pouvoir appliquer l'article 1143 dans le contexte d'un pacte, il faudra donc prouver la réunion de toutes les conditions exigées par l'article : un état de dépendance entre le minoritaire et le majoritaire, un abus de cet état par le majoritaire, une contrainte déterminante de l'engagement du minoritaire, et, enfin, un avantage manifestement excessif au bénéfice du majoritaire, toutes ces conditions étant cumulatives. La réunion de ces conditions, et notamment la dépendance du minoritaire vis-à-vis du majoritaire et la contrainte exercée par ce dernier seront sans doute difficiles à prouver au moment de la conclusion d'un pacte d'actionnaires. Par ailleurs, le comportement même du majoritaire peut évoluer après la conclusion du pacte dans un sens préjudiciable au minoritaire voire à la société, échappant au champ de l'article 1143 ».

69. Dans le sens d'un risque limité aussi, sauf lorsque l'associé est salarié : E. Lamazerolles, « Quelques idées reçues sur les pactes d'associés », préc., n° 4 ; D. Noclerq, « Clause de *bad leaver* : vers les contours d'un régime juridique », *Actes prat. ing. sociétaire* 2017, n° 153, dossier n° 5, p. 38 ; M. Caffin-Moi, préc., n° 7 : « À la lueur de la réforme, l'occasion pourrait être saisie d'appliquer parfois le nouvel instrument de justice contractuelle que constitue la violence constituée par l'abus de dépendance dans lequel se trouve, par définition, un salarié (C. civ., art. 1143). Tout dépend finalement du contexte dans lequel le salarié est devenu associé » ; E. Schlumberger, *Bull. Joly S.* 2017, p. 23 ; R. Mortier, « Sociétés et loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats », *Dr. sociétés*, 2018, ét. 9 : « L'article 1143 en sa version nouvelle pourrait en revanche s'appliquer au salarié ou au dirigeant, contraint par exemple, lors de son départ, de céder ses titres à la société (ou plus probablement à un tiers, comme par exemple une société du groupe) à laquelle il est lié en vertu d'un contrat qu'il aurait signé sous état de dépendance de ladite société » ; *Contra* : D. Stucki, « Pactes d'actionnaires et réforme du droit des contrats », *Dr. sociétés* 2018, n° 1 : « D'après des auteurs, ni la violence économique ni un "déséquilibre significatif" au sens de l'article 1171 du Code civil ne devraient pouvoir faire échec à la mise en œuvre de la promesse de cession en découlant (a fortiori, si chaque partie a déclaré qu'elle a été en mesure de négocier les termes du contrat ».

70. I. Najar, « La potestativité, Notes de lectures », *RTD civ.* 2012, p. 601.

71. « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

sociétaire se développe en échappant aux dispositions impératives du système juridique.

Revenir aux fondamentaux donnera des arguments aux praticiens sensibilisés aux abus des clauses de *bad leaver*, qui ont aujourd'hui le sentiment d'être démunis, incitera les avocats à mieux informer leurs clients sur les enjeux des clauses de *bad leaver* et à les inviter à les négocier. Revenir aux fondamentaux et corriger les

abus est donc une garantie pour la liberté contractuelle, car rappelons le texte de Philippe Malaurie déjà cité au commencement de l'analyse : « la liberté contractuelle a une inclination naturelle à provoquer dans ses excès des injustices, surtout sous le prétexte de l'efficacité ; elle n'est respectable que si ses abus sont corrigés ».



## COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :  
revuededroitdassas@gmail.com*

### Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,  
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,  
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,  
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)



# ADD

ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 - [contact@add-associes.com](mailto:contact@add-associes.com)**

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BESANÇON ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND  
LA ROCHELLE ■ LE MANS ■ LILLE ■ LYON ■ METZ ■ MONTPELLIER ■ NANCY ■ NANTES ■ NICE ■ REIMS ■ RENNES  
ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE ■ VALENCE



BERLIN ■ COLOGNE ■ HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

**[www.add-associes.com](http://www.add-associes.com)**

Membre de Généalogistes de France

