

LA PÉNALISATION À L'ÉTRANGER ¹

Depuis de nombreuses années, des voix se sont élevées en France pour souligner l'excessive pénalisation de la vie sociale, en particulier dans les champs économique ou politique. On se rappellera par exemple les positions exprimées à plusieurs reprises par le procureur général de Paris, Jean-François Burgelin, notamment à l'occasion du procès du sang contaminé, en 1993². En décembre dernier, le président de la République exprimait, dans son discours devant la Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME), sa volonté de mettre fin à une excessive pénalisation de la vie des affaires et annonçait la création d'une commission sur la dépenalisation du droit des affaires. 13

L'objet du présent article est donc de rechercher si un semblable mouvement de pénalisation de la vie sociale peut être constaté à l'étranger. Il nous a cependant semblé intéressant de mettre en évidence un autre phénomène, la pénalisation résultant de l'activité normative internationale.

1. Les idées ou opinions exprimées dans ce travail de nature scientifique n'engagent que leur auteur. Ce dernier tient à remercier Fabienne Schaller et Cyril Lacombe pour leur aide précieuse et attentive. Les documents cités en note de bas de page, si libres de droit, sont accessibles sur le site www.ue.espacejudiciaire.net, sous l'onglet « publications ».

2. Franck Nouchi, « Sang contaminé : le parquet déplore la "pénalisation" de la vie publique », *Le Monde*, 13 mars 1997 ; Pierre Bézard, Jean-François Burgelin, Philippe Courroye et Jean-Michel Darrois, « Excessive pénalisation », *Le Monde*, 2 octobre 2003.

LA PÉNALISATION À L'ÉTRANGER

Quel étranger ?

Le phénomène de pénalisation impose, c'est une évidence, qu'il soit possible, dans le système juridique d'un pays, de distinguer entre domaine pénal et domaine non pénal³. C'est globalement le cas pour les démocraties. Dans les pays totalitaires, le problème de la pénalisation ou de la dépenalisation ne se pose pas, puisque toute activité sociale relève potentiellement du champ pénal. Ainsi, l'article 58 du Code pénal de l'URSS permettait une totale pénalisation de la vie sociale à travers le concept non défini d'« activité contre-révolutionnaire ». Les ravages liés à une telle disposition, punissable par la peine de mort, ont été parfaitement décrits⁴. Dans le sens inverse, on relèvera qu'une partie substantielle de la longue négociation d'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce a porté sur la révision de son organisation juridique, et notamment pénale, afin de conférer au système chinois, sinon les caractéristiques complètes d'une démocratie, du moins la sécurité juridique nécessaire à l'investissement⁵.

La question de la pénalisation ne peut donc s'envisager que dans des pays démocratiques ou en voie de l'être. Nous avons limité le champ de nos observations à ces pays.

Le droit comparé, science inexacte

Le recours au droit comparé exige toujours la plus grande prudence. L'étude parcellaire d'un système juridique peut souvent conduire à de graves erreurs d'analyse : un système est un tout, et nombreux sont les éléments qui lui donnent son équilibre ou plus exactement son centre de gravité. L'étude de la loi sans la jurisprudence peut constituer une première et évidente source d'erreurs. Mais c'est surtout l'analyse séparée d'un aspect d'un système qui est risquée : ainsi, considérer pour un fait donné l'existence d'une incrimination ou la sévérité de la peine sans examiner attentivement le fonctionnement du droit pénal général (prescription, régime des peines et de leur exécution) risque de faire naître une perception totalement faussée de la réalité répressive d'un pays. On lira

3. Cette distinction, quand elle existe, peut varier d'un pays à l'autre (voir *infra*).

4. Voir Collectif, *Le Livre noir du communisme. Crimes, terreur, répression*, Robert Laffont, 1997.

5. La Chine y a adhéré le 11 décembre 2001, après quinze années de négociation.

à cet égard la très intéressante analyse du parquet de Milan – contenue dans un recours préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁶ – sur la répression du faux bilan en Italie suite aux réformes intervenues en 2002. Elle montre comment la répression effective de cette infraction est rendue impossible par un mécanisme de prescription aboutissant *de facto* à une dépenalisation.

À ces difficultés s'ajoute la nature particulière d'un thème comme la « pénalisation ». Il ne s'agit pas de donner une photographie d'un droit étranger à un instant *t*, mais d'en mesurer une évolution facilement subjective, qui plus est pour un domaine non délimité du droit d'un pays.

Face à un travail qui nécessiterait sans doute plusieurs années de recherches et l'aide de juristes des différents pays étudiés, il nous a semblé préférable d'examiner plutôt certaines caractéristiques qui, à l'étranger, ont un impact sur la tendance au recours au droit pénal comme mode de régulation de la vie sociale. Au demeurant, tout pays est capable d'avoir des exceptions au sein de ses propres tropismes et il serait hasardeux de déterminer de façon globale si un pays est sujet à un mouvement de pénalisation de sa vie sociale.

15

Nous avons identifié – il peut y en avoir d'autres – quelques grands critères qui peuvent conditionner le recours par une nation au droit pénal : le rapport du citoyen à l'État, la conception de la liberté d'expression ou des mœurs et enfin un droit civil mieux armé.

Le rapport à l'État

Plus que celle des grands systèmes juridiques (*Common Law*, droit romano-germanique), la véritable ligne de frontière qui sépare les États, en particulier de l'Union européenne, concernant leur perception du recours à la voie pénale semble bien être le degré de confiance accordé à l'État dans le rapport qu'il entretient avec le citoyen. Les pays ayant connu le totalitarisme dans leur histoire récente (Allemagne, Espagne, Italie, Portugal ainsi que l'ensemble des nouveaux États membres anciennement communistes) ont une approche globalement suspicieuse à l'égard de l'État, et donc à l'égard de l'instrument le plus caractéristique de la souveraineté, le droit pénal. Il est par exemple frappant de constater que, confrontés aux mêmes attentats dramatiques, Royaume-Uni et Espagne n'ont absolument pas la même réaction : le premier, patrie de l'*habeas corpus*, réfléchit à des durées de garde-à-vue de quarante-cinq jours alors

6. C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

que le second, après presque quatre décennies de franquisme, décide de ne pas changer d'un iota sa législation, estimant que la solution au terrorisme passe par le respect scrupuleux de l'État de droit.

Cette approche se retrouve techniquement dans plusieurs institutions.

Légalité ou opportunité des poursuites

Les pays ayant un rapport suspicieux à l'État se sont en général dotés d'un système de légalité des poursuites (Allemagne, Espagne, Portugal et Italie notamment). Le procureur de la République a l'obligation, parfois inscrite dans la Constitution, de poursuivre dès qu'il a connaissance d'une infraction. Cette obligation le protège de toute tentative de pression extérieure, en particulier du pouvoir exécutif. C'est le souvenir du rôle

16

du ministère public dans les dictatures qui commande ce type de solution. Un tel mécanisme va en général de pair avec une totale indépendance du ministère public. Il met globalement en échec toute conduite de politique pénale autre que celle établie par la loi. Ceci conduit le législateur, sauf événement ayant un impact émotionnel particulier sur l'opinion publique, à recourir avec modération à la loi pénale, soit en évitant d'incriminer pénalement, soit encore en définissant de façon particulièrement méticuleuse les infractions. En effet, la création d'une nouvelle infraction a potentiellement un impact dévastateur sur l'organisation judiciaire dès lors que le correctif de gestion (et de bon sens), que constitue l'opportunité des poursuites, ne peut fonctionner. Certes, devant les contentieux de masse, quelques dérivatifs existent au sein de la loi pénale : en Allemagne, la possibilité de classer les délits « de bagatelle »⁷ ; en Italie, le recours massif à la prescription⁸.

Ces pays auront tendance à utiliser d'autres instruments de régulation.

Ainsi, en Allemagne, le droit des affaires est marqué par le régime spécifique des contraventions (*Ordnungswidrigkeit*), sanctionnées par une amende administrative. Celles-ci répriment les infractions au règlement définies comme une action illicite et répréhensible consistant en un fait prévu par la loi. Ces infractions s'appliquent dans les secteurs comme le droit du travail, de la concurrence, de la consommation.

7. *Bagatellsachen*. Cette possibilité reste quoi qu'il en soit limitée.

8. L'Italie connaît un système de délais fixes de prescription. Près de 30 % des affaires pénales finissent par la prescription, ce qui correspond en définitive à un mode de gestion, évidemment peu satisfaisant, de l'action pénale.

En Espagne, où la décision d'incriminer est guidée par le principe d'intervention minimale du droit pénal, le législateur dispose d'une autre voie: le droit répressif administratif, très développé, qui offre un éventail important de possibilités. Le ministère de l'Économie et des Finances dispose ainsi de pouvoirs étendus lui permettant de prononcer des amendes élevées (par exemple en cas de défaut de dépôt des comptes annuels). La défiance vis-à-vis du recours au droit pénal ne signifie donc pas nécessairement perte d'efficacité et pourrait même paradoxalement représenter une certaine perte de garanties.

On peut retrouver une tendance identique dans des pays qui ne connaissent pas le principe de légalité des poursuites. C'est ainsi qu'aux Pays-Bas certains secteurs d'activités comme la concurrence ne sont régis par aucune disposition de nature pénale. L'amende administrative encourue est fonction du chiffre d'affaires mais reste liée à des dispositions de nature pénale. L'idée est de permettre une action dissuasive à l'égard des acteurs économiques, notamment par une amende administrative plus élevée que la pénale. Une loi votée en 2006 a d'ailleurs introduit « l'ordonnance pénale administrative ». La peine proposée par un organe administratif est validée par le ministère public avec possibilité d'appel devant le juge pénal. Environ 90 % des affaires se rapportant au domaine économique et financier font l'objet d'un traitement « administratif ». Dans les 10 % de cas pour lesquels l'action publique est privilégiée par le parquet, soit les affaires les plus graves, la majorité est traitée sous la forme d'une transaction.

Au Danemark, la répression des contraventions est laissée au soin d'une administration dotée de pouvoirs d'investigations similaires à ceux du parquet pour les infractions routières les moins graves (excès de vitesse ne dépassant pas un certain seuil, stationnement illégal ou impayé, défaut de feux de circulation, de ceinture, de priorité, etc.).

Néanmoins, si le contrevenant s'oppose à la sanction découlant de la procédure administrative, l'affaire est, dans la grande majorité des pays, directement renvoyée devant le juge pénal (Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, Italie, Luxembourg, Portugal, Suède, Royaume-Uni). Le recours au pénal est donc subsidiaire et finalement marginal.

Le contrôle en constitutionnalité par voie d'exception

Avec le nouvel article 61-1 de la Constitution, la France aura été le dernier État d'Europe à se doter d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

L'Allemagne, par exemple, dispose d'une Cour constitutionnelle

dont l'essentiel de l'activité depuis sa création a consisté à statuer sur les recours formés par tout citoyen s'estimant lésé par la puissance publique dans ses droits fondamentaux⁹. De fait, les remontrances adressées par la Cour au gouvernement sur la rédaction des lois, notamment à l'égard des droits fondamentaux, rendent celui-ci beaucoup plus circonspect dans l'utilisation du droit pénal. Si, pour des raisons historiques évidentes, la Cour de Karlsruhe joue un rôle si particulier, on peut penser que l'existence dans beaucoup de pays du recours constitutionnel par voie d'exception a certainement un effet similaire.

18 En Italie, même si la Cour constitutionnelle n'a pas exactement les mêmes attributions que la Cour allemande, de nombreuses dispositions du Code pénal ont été abrogées entièrement ou partiellement suite à des recours en constitutionnalité par voie d'exception. En effet, ces recours intervenant durant des procès, c'est-à-dire dans des cas où le ministère public a pu faire preuve de la plus grande créativité juridique pour utiliser à plein les textes d'incrimination, la casuistique soumise à la censure constitutionnelle s'en trouve très élargie. De fait, comme en Allemagne, la peur d'une censure constitutionnelle est très présente dans le processus législatif italien et a plus d'une fois dissuadé le législateur d'un recours large au droit pénal que l'émotion de telle ou telle affaire aurait pourtant stimulé.

Liberté d'expression et liberté des mœurs

La liberté d'expression constitue une autre ligne de fracture de la pénalisation entre les pays démocratiques. Un certain nombre de pays du Nord de l'Europe (Royaume-Uni, Irlande, pays scandinaves) en ont une conception que nous qualifierions en France d'absolutiste. Elle les rend extrêmement réticents à toute sanction pénale relative à ce que l'on considérerait ailleurs comme un abus de liberté d'expression : négationnisme, incitation à la haine raciale ou au terrorisme, etc. On mentionnera en particulier le Danemark, et l'épisode des caricatures de Mahomet ; dans ce même pays, plusieurs chaînes de télévision liées au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), pourtant inscrit sur la liste des organisations terroristes de l'Union européenne, peuvent émettre sans difficultés particulières alors qu'elles ne le pourraient pas dans une majorité de pays de l'Union européenne. Les discussions conduites à Bruxelles à propos de la « décision-cadre sur la lutte contre certaines

9. Art. 93, al. 4a de la loi fondamentale allemande. Depuis 1951, 163 347 requêtes ont été examinées, soit environ 97 % de l'activité de la Cour.

formes et manifestations de racisme et xénophobie au moyen du droit pénal » sont à cet égard éclairantes. Le texte finalement adopté par le Conseil des ministres en avril 2007¹⁰ souligne ce clivage à travers, d'une part, une forte limitation de l'obligation d'incriminer les comportements racistes ou xénophobes ou le négationnisme¹¹, d'autre part, des clauses de sauvegarde sur les règles constitutionnelles et les principes fondamentaux qui pourraient, par la généralité de leur rédaction, miner le travail de rapprochement.

Un droit civil mieux armé

L'un des motifs de pénalisation de la vie sociale a parfois été, en France, non pas une volonté marquée de sanctionner pénalement un comportement, mais bien de faciliter, grâce à l'enquête pénale, le recueil de la preuve. Les constitutions de partie civile¹² dans les tribunaux français ont souvent cet objectif.

19

Or certaines institutions étrangères civiles et non plus administratives permettent d'apporter au moins sur ce point une réponse évitant, au principal, le recours au droit pénal.

La procédure de *discovery* (aux États-Unis, en Angleterre et au Pays de Galles) a pour objet, dans la phase préalable à l'audience civile, de favoriser le recueil de tous les documents pertinents. Elle permet au juge civil, en cas de non-communication volontaire par les parties, d'ordonner la remise des pièces et l'accès aux documents utiles. Si l'ordre n'est pas exécuté par son destinataire, ce dernier commet un *contempt of court* (comparable à l'outrage à magistrat) passible d'un emprisonnement de courte durée. L'intérêt de cette procédure est d'octroyer indirectement au juge civil des moyens d'investigation coercitifs et, par conséquent, de limiter l'instrumentalisation de la justice pénale, voire le recours au droit pénal comme mode de régulation.

Les actions collectives qui existent dans certains pays (États-Unis, Canada, Angleterre et Pays de Galles, Allemagne) permettent de doter les justiciables de prérogatives judiciaires renforcées dans des domaines comme le droit de la consommation, de la concurrence ou boursier. Aux États-Unis, la *class action*, instrument de procédure civile désormais bien connu en Europe, voire mis en œuvre par certains pays, permet à

10. Registre du Conseil 16771/07.

11. Art. 1, al. 2.

12. Procédure à travers laquelle la personne qui se prétend lésée par une infraction pénale peut demander qu'une instruction soit conduite, moyennant cautionnement.

plusieurs personnes, membres d'un groupe de victimes, d'engager sous certaines conditions des poursuites civiles au nom de l'ensemble des personnes lésées. Ces actions ont un caractère dissuasif incontestable, ce qui est en principe une fonction attribuée à la sanction pénale. En effet, le juge peut octroyer des dommages-intérêts punitifs (outre les compensatoires) visant à sanctionner le défendeur pour sa conduite. Au Canada, l'État du Québec connaît une procédure similaire sous l'appellation de « recours collectif ». L'Angleterre et le Pays de Galles disposent également de ce type de procédure.

LA PÉNALISATION IMPOSÉE PAR LA PRODUCTION NORMATIVE INTERNATIONALE

- 20 Il convient de distinguer la production de la communauté internationale et celle, beaucoup plus complexe, de l'Union européenne.

La pénalisation par le droit international public

Depuis le début du siècle dernier, les États ont conclu des accords internationaux visant à s'obliger à pénaliser certains comportements. Le plus ancien est sans doute la Convention internationale pour la répression du faux monnayage, toujours en vigueur, conclue dans le cadre de la Société des Nations, le 20 avril 1929¹³. Son objectif était d'accroître la protection par le droit pénal de la monnaie par deux moyens : augmenter le nombre des situations dans lesquelles les faits de contrefaçon sont punis ; faciliter les enquêtes nécessitant des investigations, voire une arrestation en vue d'une extradition à l'étranger, en limitant les cas de double incrimination¹⁴. Pour y parvenir, les États signataires s'engageaient principalement à sanctionner pénalement le faux monnayage d'une autre monnaie que la leur.

Une telle convention met en place un mécanisme que l'on retrouve dans tous les instruments, internationaux ou européens, de rapprochement des législations : il s'agit d'une obligation plancher d'incriminer. En l'occurrence, un État doit au minimum insérer dans son Code pénal l'incrimination de contrefaçon de monnaie, indépendamment de l'origine

13. 0.311.51.

14. Ce principe est le suivant : les faits pour lesquels l'assistance est demandée par l'État requérant (collecte de preuve, extradition par exemple) doivent, pour que l'entraide soit consentie, être punissables aussi dans l'État requis. Ce principe, fondateur des relations d'entraide judiciaire pénale, vise à garantir à un État qu'il ne mettra pas au service d'un autre des moyens qu'il n'utiliserait pas dans l'hypothèse où il exercerait lui-même des poursuites.

de cette monnaie. Un État pourrait cependant choisir d'incriminer plus largement, en retenant une définition très extensive de la contrefaçon. En revanche, une telle convention ne définit pas le domaine du licite, autrement dit ce qu'il serait interdit de pénaliser. Le mécanisme du rapprochement des législations « produit » donc de la pénalisation, mais jamais de la dépénalisation. Cet effet est évidemment accentué pour les pays dont le tropisme « pénalisateur » est peu marqué (voir *supra*), du moins si leur poids dans les négociations est faible.

Pendant de nombreuses années, l'activité de rapprochement du droit pénal visait principalement à régler les questions de double incrimination. Toutefois, à partir des années 1990 (au moins pour les conventions du Conseil de l'Europe) vint s'affirmer, au niveau international, une nouvelle tendance : la communauté internationale devait montrer qu'elle réagissait à certaines formes nouvelles de criminalité. La pénalisation devint donc, un peu à l'instar d'un mouvement que l'on observe dans tous les pays en cas de crise, le mode d'action de la communauté internationale, la manière d'exprimer sa prise de conscience, les autres modes comme le renforcement de la coopération internationale étant en définitive infiniment plus compliqués à réaliser et surtout à faire savoir.

21

Il est très difficile politiquement pour un État de s'opposer à une telle forme de pénalisation : comment en effet pourrait-on s'opposer à la lutte contre le blanchiment, contre la traite des êtres humains ?

Cette pénalisation doit cependant être relativisée : certaines infractions créées par le droit international constituaient dans le droit pénal des États une catégorie générique d'infraction : le blanchiment¹⁵ représente en fait la somme d'infractions de recel et de faux en écriture, la traite des êtres humains constitue un comportement qui va de l'enlèvement à la séquestration en passant par le proxénétisme, de sorte que l'incrimination nouvelle n'aboutit pas véritablement à pénaliser de nouveaux faits. Seules certaines infractions ont correspondu à une véritable création d'incrimination : la corruption, quand elle concerne des fonctionnaires se trouvant en dehors du territoire, ou encore la cybercriminalité.

Par ailleurs, la pénalisation qui résulte des grandes conventions du Conseil de l'Europe ou des Nations unies n'étant encadrée par aucun mécanisme juridictionnel, il est en fait possible pour les États de se soustraire à certaines de leurs obligations, le cas échéant par une utilisation extensive des réserves et déclarations prévues par les instruments eux-mêmes.

15. Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 (STE n° 141), rénovée par la convention dite de Varsovie du 16 mai 2005 (STE n° 198).

Cette nouvelle pénalisation internationale « morale » a été très largement accentuée au sein de l'Union européenne.

La pénalisation par l'Union européenne

22 Le traité d'Amsterdam permet de donner une base légale à un travail de rapprochement des législations pénales des États membres¹⁶. Le Conseil, faisant une interprétation très large du traité, s'est lancé, par l'adoption de décisions-cadres¹⁷, dans un travail conséquent de rapprochement des législations portant sur des sujets de plus en plus délicats et ne correspondant pas toujours à un véritable besoin lié à la double incrimination¹⁸, s'agissant au demeurant d'infractions n'ayant que rarement une nature transnationale¹⁹. Certes, ce travail fut souvent « en faux-semblant », la négociation à l'unanimité permettant aux États membres de préserver très fortement leur propre droit pénal, le texte d'harmonisation devenant essentiellement un texte cristallisant le plus petit commun dénominateur pénal européen.

Toutefois, les travaux de l'Union européenne ont pris une tournure très différente de ceux conduits dans d'autres instances. L'exemple du terrorisme est à cet égard éclairant. Suite aux attentats du 11 septembre, la Commission européenne a déposé en urgence un projet de décision-cadre incriminant spécifiquement les faits de terrorisme, et notamment de participation à une organisation terroriste. Or, dans l'Europe à quinze de l'époque, seuls cinq ou six États membres disposaient d'une telle législation, dont les contours jugés flous (en particulier l'infraction de participation) répugnaient à de nombreuses traditions juridiques pour lesquelles les infractions de droit commun (assassinat, destruction de biens publics, etc.) étaient tout à fait suffisantes²⁰. Cependant, sous la pression politique de l'après-11 septembre et la nécessité « d'agir », la

16. Art. 29d.

17. Sorte d'équivalent de la directive pour le troisième pilier.

18. Lors d'un débat au Conseil, en 2001, sur la suppression de la condition sur la double incrimination, les experts ont eu le plus grand mal à trouver des exemples dans lesquels le principe aurait posé des problèmes de coopération. Ceux qu'ils trouvèrent portaient d'ailleurs sur des infractions ayant pourtant fait l'objet de travaux de rapprochement.

19. Voir par exemple la décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (*JO*, L 13 / 44, 20 janvier 2004) ou celle relative au racisme et à la xénophobie (*ibid.*, note 10).

20. En réalité, l'intérêt de disposer d'une incrimination terroriste spécifique est bien de pouvoir servir de champ d'application à une procédure pénale spécifique, enjeu que les pays « non incriminateurs » avaient parfaitement compris.

décision-cadre incriminant le terrorisme fut adoptée en moins de trois mois, imposant une pénalisation sans précédent à de nombreux États membres²¹.

Utilisant les possibilités offertes par le traité, le Conseil s'est en outre lancé dans une politique d'« harmonisation haute » des législations, jamais utilisée à notre connaissance dans aucune enceinte de production de norme internationale: il s'est agi d'imposer aux États membres de sanctionner d'un minimum d'emprisonnement les infractions jugées les plus graves. La décision-cadre relative à la protection de l'euro par le droit pénal fut le premier instrument à procéder ainsi; cependant, la technique du « faux-semblant » fit qu'on retint le seuil du pays sanctionnant le moins ce type de faits. La décision-cadre sur le terrorisme et d'autres ensuite ont en revanche constitué un pas important, dans la mesure où certains pays se sont vu imposer des seuils d'infraction tout à fait inconnus de leur propre système juridique, en quelque sorte exportés par les pays ayant les seuils les plus élevés²².

23

Mais le point essentiel réside assurément dans certaines évolutions qui pourraient conduire à ce que ce mécanisme de pénalisation externe s'étende à un nombre croissant de secteurs de la vie sociale.

On le sait, dans l'organisation de l'Union européenne, le droit communautaire est en principe exclusif de toute compétence pénale, régie par les règles du troisième pilier et donc l'adoption à l'unanimité. Une question délicate s'est cependant très vite posée: est-il possible aux communautés d'imposer aux États membres, par le biais d'un instrument communautaire, des sanctions pénales au non-respect des obligations communautaires ?

Dans un arrêt de principe du 12 septembre 2005²³, la CJCE a répondu positivement: dès lors que l'obligation d'utiliser la sanction pénale a pour finalité la protection d'un intérêt communautaire, elle doit être adoptée non pas sur la base d'un texte du troisième pilier mais sur celle du droit communautaire et suivant son régime d'adoption (c'est-à-dire la plupart du temps la majorité qualifiée et la codécision). Il s'agit d'une évolution majeure. Jusqu'ici, le droit communautaire obligeait les États membres à sanctionner l'illicite communautaire par « des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives », laissant le choix à chaque État membre

21. JO, L 164, 22 juin 2002.

22. Dans le débat, certains des pays les plus contraires à cette fixation de seuil, en particulier l'Allemagne, soulignaient qu'il aurait aussi fallu harmoniser le régime d'exécution des peines, le phénomène d'érosion des peines n'étant pas le même dans tous les pays.

23. C-176/03.

d'évaluer si la voie pénale était nécessaire. Désormais, le droit communautaire peut l'imposer.

Les conclusions de l'arrêt du 12 septembre 2005 ont été reprises dans le traité de Lisbonne²⁴.

Le droit communautaire pourrait donc devenir une forte source de pénalisation externe, d'autant plus que la décision peut être prise à la majorité qualifiée, c'est-à-dire le cas échéant en mettant en minorité un pays.

24 Mais le droit communautaire joue d'ores et déjà, contrairement aux instruments traditionnels de rapprochement des infractions pénales, un rôle « dépenalisateur » dans sa sphère de compétence. En effet, en définissant les activités licites au sein par exemple du marché intérieur, il interdit aux États membres de les sanctionner, et à plus forte raison de les sanctionner pénalement. Le principe d'application de la loi du pays d'origine²⁵ que souhaitait promouvoir la Commission dans la directive Bolkestein aurait pu de ce point de vue avoir un impact très important. En effet, certaines pratiques professionnelles autorisées dans un État membre sont tout simplement sanctionnées pénalement dans d'autres, ce qui aurait obligé ceux-ci à les dépenaliser. Les modifications subies par cette directive et le remplacement du « principe de la loi d'origine » par celui de « libre prestation de service » devraient atténuer quelque peu les effets sur la pénalisation d'un tel texte, d'autant que certaines clauses de sauvegarde devraient permettre d'en limiter les effets.

Le rôle « pénalisant » du droit international et plus encore européen est indéniable, probablement en expansion. Il dépendra cependant des rapports de force, en particulier au sein de l'Union européenne, entre ceux des États dont le tropisme serait plutôt à la faible pénalisation et ceux au tropisme contraire. La récente crise financière et les appels à sanctions contre les responsables laissent cependant penser que cette pénalisation venue de l'activité internationale pourrait prospérer et s'imposer. Même si le droit communautaire pouvait jouer un rôle modérateur, la globalisation du monde aurait donc probablement pour effet d'accroître une certaine pénalisation de la vie sociale, même dans les pays qui y sont par tradition les plus réticents.

24. Art. 83, al. 2, TFUE.

25. Par exemple, l'activité d'un juriste anglais pourrait s'exercer en France selon les règles du droit anglais.

R É S U M É

S'il n'est pas aisé de déterminer, au moyen du droit comparé, si un phénomène de pénalisation analogue à celui dénoncé en France existe dans les démocraties, certaines caractéristiques des systèmes juridiques nationaux pourraient constituer des facteurs contrariant un tel mouvement. Cependant, l'activité normative internationale semble constituer, pour de nombreux pays, une source externe de pénalisation de la vie sociale.

