

# UNION EUROPÉENNE ET DROIT PÉNAL (1)

PAR

Mireille DELMAS-MARTY

*Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

*Membre de l'Institut universitaire de France*

## SOMMAIRE

	Pages
<b>I. — Le droit pénal dans l'Union européenne : l'harmonisation en cours.</b>	610
A. — LA NEUTRALISATION DU DROIT PÉNAL NATIONAL .....	613
1. — <i>Neutralisation de l'incrimination</i> .....	613
2. — <i>Neutralisation de la sanction</i> .....	621
B. — L'APPEL AU DROIT PÉNAL NATIONAL .....	624
1. — <i>L'appel à intégrer la norme communautaire au droit pénal national</i> .....	624
2. — <i>L'appel à assimiler les intérêts communautaires aux intérêts nationaux</i> .....	630
<b>II. — Le droit pénal de l'Union européenne : vers l'unification ? .....</b>	637
A. — LA CONVENTION PIF .....	639
1. — <i>Contenu</i> .....	640
2. — <i>Limites</i> .....	641

(1) Cours donné lors de la 8<sup>e</sup> session de l'Académie de droit européen, juin 1997, à paraître en version anglaise in *Collected courses of the Academy of European law*, 1997, vol. VIII-1. Compte tenu de la date de ce cours, les modifications issues du Traité d'Amsterdam sont mentionnées sans être systématiquement analysées en détail ; l'ancienne numérotation des articles est conservée.

B. — LE CORPUS JURIS .....	643
1. — <i>En droit pénal</i> .....	644
2. — <i>En procédure</i> .....	646
<b>Abréviations</b> .....	651
<b>Annexe : tableau récapitulatif</b> .....	652

A première vue, Union européenne et Droit pénal, sont fortement antinomiques. En effet, le droit de punir, monopole de l'Etat, reste sans doute la marque la plus éclatante de la souveraineté nationale ; alors que l'Union européenne s'oriente vers une construction juridique dont le caractère supranational semble exclure le droit pénal. Si les textes fondateurs de la Communauté, puis de l'Union européenne (le traité de Rome en 1957, le traité de Maastricht en 1992) instituent un « ordre juridique communautaire », celui-ci ne comprend aucune disposition de droit pénal. Et la Commission des Communautés européennes a rappelé en 1974 (dans son 8<sup>e</sup> rapport d'activités) que le droit pénal « est un sujet qui n'entre pas en tant que tel dans la sphère de compétence de la Communauté, mais qui reste du ressort de chaque Etat membre ». De même, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a jugé en 1977 (2) qu'en l'absence de sanctions communautaires applicables, en cas de non-observation par des particuliers de la réglementation communautaire, les Etats membres sont compétents pour choisir les sanctions qui leur paraissent appropriées. Par la suite, la Cour rappellera ce principe à diverses reprises, même si progressivement elle l'infléchit, jugeant, en 1989 (affaire dite du *maïs grec*), que les Etats saisis de violations du droit communautaire doivent prévoir des sanctions dont elle précise le caractère, « effectif, proportionné et dissuasif » (3), mais sans aller jusqu'à imposer des sanctions pénales.

Certes le Traité de Maastricht évoque certaines questions de droit pénal, mais c'est dans le titre VI, dit « troisième pilier », qui se situe en dehors du pilier communautaire (dit « premier pilier ») et échappe à l'élaboration de l'« ordre juridique communautaire », se limitant en principe à une coopération de type intergouvernemental (judiciaire et policière), sans incidence directe sur la souveraineté nationale, donc sur le contenu du droit pénal national. De même le Traité d'Amsterdam, dans sa version provisoire du 25 juillet 1997, procède à la « com-

(2) CJCE, 21 févr. 1977, affaire *Amsterdam Bulb.*, aff. 50/76, *Rec.*, p. 137.

(3) CJCE, 21 sept. 1989, affaire 68/88, *Rec.*, p. 2965. *Adde*, CJCE, 8 juin 1994, *Commission c/RU*, affaire 382/92, *Rec.*, p. 2435.

munautarisation » de questions relatives à la police des étrangers (nouveau Titre III A du Traité CE intitulé « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »), mais il ne s'agit pas de droit pénal *stricto sensu*. A cet égard, le Traité annonce seulement une « coopération plus étroite entre les forces de police, les autorités douanières et les autres autorités compétentes dans les Etats membres » (art. K.1, Titre VI du Traité UE, désormais intitulé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ») (4). Même si la compétence de la CJCE se trouve renforcée (art. K.7, titre VI, modifié) et le rôle d'Europol accru (art. K.2, § 2, modifié), l'internationalisation du droit pénal semblerait encore limitée à un processus de coopération.

En réalité, l'influence communautaire est devenue beaucoup plus forte qu'il n'apparaît à la seule lecture des Traités (5). A tel point que l'Union européenne illustre aujourd'hui les deux voies principales de l'internationalisation du droit pénal : l'harmonisation des systèmes nationaux (par un rapprochement qui ne supprime pas pour autant toutes les différences) et leur unification (au profit d'un système pénal unique).

On observe en effet un double phénomène. D'une part, le droit pénal des Etats situés dans l'Union européenne est influencé, de façon de plus en plus visible, par le droit communautaire, qu'il s'agisse des traités ou du droit dérivé (règlements et directives). Et cette influence se traduit par une progressive harmonisation des systèmes nationaux, tantôt directe (avec les directives d'harmonisation prises en application de l'article 100 Traité CE, mod. Traité UE), tantôt indirecte (sur le fondement des Traités et du droit dérivé). D'autre part, l'idée d'un droit pénal de l'Union européenne progresse, dans le domaine il est vrai circonscrit de la protection du budget, menacé par une criminalité en pleine expansion (6), et vient d'aboutir à l'élaboration d'un *Corpus*

(4) Pour une étude plus détaillée de l'incidence du Traité d'Amsterdam sur l'ensemble du droit pénal et de la politique criminelle, on renverra à G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la matière pénale*, à paraître RSC, 1998, n° 2.

(5) Voir notamment, parmi les premières études sur le sujet, BIANCARELLI et MAIDANI, « L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres », RSC, 1984, 225 et 445 ; GASSIN, « Incrimination pénale et marché commun », *Mélanges Jaffret*, 1984, pp. 321 et s.

(6) Le coût de cette criminalité est évalué officiellement à 1,4 % du budget (communication de M<sup>me</sup> Anita Gradin, Commissaire européen en charge de la lutte anti-fraude, audition du Parlement européen, 16 avril 1997), mais certaines recherches criminologiques évoquent le chiffre de 10 % (VERVAELE, « La Communauté européenne face à la fraude communautaire. Vers un espace pénal communautaire », RSC, 1990, 29 ; La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires, PUF, 1994).

*juris* de trente cinq articles unifiant le droit pénal et une partie de la procédure pénale dans cette perspective spécifique de la protection du budget de l'Union européenne (7).

D'où les deux parties de cette étude qui distinguera *Le droit pénal dans l'Union européenne : l'harmonisation en cours* (I) et *Le droit pénal de l'Union européenne : vers l'unification ?* (II).

## I. — LE DROIT PÉNAL DANS L'UNION EUROPÉENNE : L'HARMONISATION EN COURS

L'influence croissante du droit communautaire sur le droit pénal interne se manifeste, dans l'Union européenne, selon un processus juridique complexe. Cette complexité tient au fait que ce processus, qui n'est pas directement inscrit en tant que tel dans les textes fondateurs (voir ci-dessus), résulte de la combinaison de trois principes généraux du droit communautaire que l'on rappellera brièvement.

— Il s'agit d'abord du principe de l'effet direct du droit communautaire, affirmé par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dès 1963, dans l'affaire *Van Gend en Loos* (8), la conséquence étant que le juge national se trouve ainsi promu juge du droit communautaire. Reconnu d'abord aux traités et aux règlements, l'effet direct a été étendu aux directives (à travers leur transposition en droit interne) dès 1974 (9), étant précisé que les directives non transposées dans le délai prévu peuvent être invoquées par les particuliers contre un Etat (10), mais non par l'Etat contre un particulier (11).

(7) *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, dir. M. DELMAS-MARTY, Economica, 1997 (voir ci-dessous, notes 74 et 77).

(8) CJCE, 6 octobre 1970, *Grad*, 9/70, *Rec.*, 825 ; 17 décembre 1970, *SACE*, 33/70, *Rec.*, 1213. Voir Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1996, p. 747.

(9) CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Rec.*, 1337.

(10) Le cas échéant, la directive non transposée dans le délai peut être invoquée comme fait justificatif d'une infraction pénale (constituée au regard du droit pénal interne mais légitimée par la directive), voir CJCE, 5 avril 1979 arrêt *Ratti* (en matière d'étiquetage de produits) ; CJCE, 25 juillet 1991, *D.*, 1991, 443, arrêt *Stoekel* et 2 août 1993, arrêt *Lévy*, *D.*, 1993, 577, note PETTITI (sur le travail de nuit des femmes) ; CJCE, 27 oct. 1993, *Crim.*, 21 févr. 1994, *Bull.*, 74 (2 arrêts sur les marchés terminaux des télécommunications).

(11) CJCE, 23 nov. 1977, *Enke*, 38/77, *Rec.*, 2203 ; 20 sept. 1988, *Moormann*, 190/87, *Rec.*, 4689. *Adde.* CJCE, 12 déc. 1996, *Procédures pénales c. X*, 74/95 et 129/95, *Europe*, 1997, n° 30, observ. A. RIGAUX et D. SIMON, *RSC*, 1997, n° 3, chr. L. IDOT, p. 692.

— En second lieu, il faut évoquer le principe de la primauté du droit communautaire sur la législation, même postérieure, des Etats membres. Comme l'affirme la doctrine, il y a « un lien consubstantiel entre l'autonomie et la primauté du droit communautaire » (12). D'où la formule quasiment rituelle de la Cour, selon laquelle « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne peut se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (13). C'est admettre « que les rapports entre droit communautaire et droit national ne peuvent en aucun cas s'apprécier à l'aune des rapports entre droit international et droit interne, et encore moins en fonction des solutions à géométrie variable définies par les droits constitutionnels internes » (14), la justification étant la nécessité d'assurer l'uniformité de l'application du droit communautaire sur le territoire dans quinze Etats membres. Comme le souligne l'arrêt *Costa c/ENEL*, « la force exécutoire du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité » (15).

— Enfin le troisième principe est celui de coopération loyale des Etats membres, édicté par l'article 5, al. 1 du *Traité CE* : « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celles-ci l'accomplissement de sa mission ». De ce principe, la CJCE a tiré une obligation de sanctionner les auteurs de violations du droit communautaire. Selon le célèbre arrêt précité, (affaire dite du *maïs grec*) : « lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire » (16). Plus précisément, la Cour déduit de ce principe général de coopération une double obligation (voir ci-dessous, pp. 654 et s.).

(12) R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV, Book 1, p. 49.

(13) CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, 6/64, *Rec.*, 1141.

(14) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1996, n° 275.

(15) CJCE, 15 juill. 1964, précité.

(16) CJCE, 21 sept. 1989, 68/88, *Rec.*, 370.

• Obligation d'assimilation (du budget communautaire au budget national) : la Cour considère que « tout en conservant le choix des sanctions, ils [les Etats] doivent notamment 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 similaires » ; et dès lors que « les autorités nationales doivent procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes ». Cette obligation a d'ailleurs été ultérieurement consacrée par l'article 209-A du Traité sur l'Union européenne : « Les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers ».

• Obligation d'efficacité : la Cour ajoute que les mesures prises doivent, en tout état de cause, conférer à la sanction « un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Et l'article 209-A, modifié par le Traité d'Amsterdam, impose désormais aussi cette obligation de prendre contre la fraude des mesures « dissuasives » et offrant une « protection effective » (17).

Si aucun des trois principes rappelés ci-dessus ne met directement en cause le droit pénal des Etats membres, ils peuvent tous avoir une incidence, conduisant à constater : soit l'incompatibilité entre la norme pénale interne et le droit communautaire (effet de neutralisation du droit pénal par le droit communautaire), soit les lacunes de la législation pénale interne, notamment au regard du principe de coopération en ce qu'il impose de sanctionner les violations du droit communautaire en respectant l'obligation d'efficacité et d'assimilation (appel à renforcer le droit pénal interne).

Il faut cependant souligner que ce double effet, diamétralement contraire (d'une part neutralisation, d'autre part appel au droit pénal), du droit communautaire sur le droit pénal interne des Etats membres présente une certaine disymétrie. L'effet de neutralisation s'exerce pleinement, sans intervention du législateur national. Il suffit que le juge pénal, éventuellement guidé par la CJCE (saisie à titre préjudiciel d'un recours en interprétation sur le fondement de l'article 177 Traité CE), constate l'incompatibilité pour qu'il puisse par voie de conséquence écarter l'application de la norme pénale. En revanche l'appel au droit pénal peut seulement, en cas de lacune du droit interne, fonder un recours en manquement de la Commission contre l'Etat concerné, au

(17) Le nouvel article 209A, est reproduit ci-après, note 69.

sens de l'article 169 Traité CE, étant rappelé que si la CJCE reconnaît le manquement, l'Etat « est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt » (art. 171-1 Traité CE) et que désormais (depuis le Traité UE) la Cour peut infliger à l'Etat récalcitrant le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte (art. 171, § 2, al. 3 Traité CE modifié). Il reste cependant que seul le législateur national peut en définitive créer l'incrimination pénale exigée par le droit communautaire, nulle autre autorité, nationale (comme le juge pénal), ou européenne (comme la Commission ou la Cour), ne pouvant se substituer à lui.

C'est en gardant présente à l'esprit cette différence essentielle que l'on examinera successivement *la neutralisation du droit pénal national* par le droit communautaire (A), puis *l'appel au droit pénal national* (B).

#### A. — LA NEUTRALISATION DU DROIT PÉNAL NATIONAL

S'agissant de l'effet de neutralisation, la CJCE a rappelé à plusieurs reprises la solution, maintenant bien établie, selon laquelle le droit communautaire ne trouve à s'appliquer que lorsqu'il existe un élément communautaire. Autrement dit, l'effet de neutralisation ne saurait être invoqué à propos de situations purement internes, qu'il s'agisse d'infractions à la réglementation sur les grandes surfaces (18), ou de l'exercice illégal de certaines professions (19), l'effet de neutralisation dans un Etat membre suppose toujours un élément de rattachement à un autre Etat membre.

Cette condition préalable étant remplie, la neutralisation peut concerner soit *l'incrimination*, soit *la sanction*, et parfois l'une et l'autre. La distinction s'impose néanmoins en toute hypothèse car le mécanisme est juridiquement différent, même lorsque les deux effets se conjuguent dans une même affaire.

##### 1. — *Neutralisation de l'incrimination*

Il s'agit d'analyser ici les cas d'incompatibilité entre le droit pénal interne et le droit communautaire. Au vu de la jurisprudence européenne (corroborée par celle des juridictions nationales), ces cas d'incompatibilité se rattachent pour l'essentiel à la nécessité de promou-

(18) CJCE, 12 févr. 1987, *Comm. c/Royaume de Belgique*, aff. 221/85, RSC, 1988, chr. BONICHOT, p. 588.

(19) Voir chr. SOULARD, RSC, 1995, 647 et L. IDOT, *ibid.*, 1997, 180 et jurisprudence citée.

voir un « marché intérieur », caractérisé par « l'abolition entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux » (art. 3, c Traité CE) et par « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » (art. 3, g Traité CE).

S'agissant du respect des règles sur la concurrence (art. 85 et s. Traité CE), l'existence de sanctions communautaires extra-pénales, prononcées par la Commission sous le contrôle des juridictions européennes, limite considérablement le risque d'incompatibilité. Encore faut-il souligner qu'il existe certains domaines sensibles, comme par exemple celui des marchés de terminaux de télécommunication, où des conflits peuvent apparaître entre le droit pénal national et le droit dérivé du traité, notamment la directive 88-301 de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans ce type de marchés. Après avoir vainement tenté de faire annuler l'article 6 de la directive, exigeant que le contrôle des appareils et leur agrément en vue de la commercialisation soient effectués par des entités indépendantes des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services dans ce même domaine (20), la France a maintenu les dispositions pénales résultant de la loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, au risque de voir se développer tout un contentieux relatif à la vente, pénalement sanctionnée, d'appareils téléphoniques non agréés (21). Dans l'affaire *Tranchant*, le débat portait sur les essais préalables à l'obtention de l'agrément prévu par la loi du 29 décembre 1990. La Cour constate qu'ils étaient effectués par un laboratoire dépendant du principal opérateur, France Télécom, et en déduit que la loi de 1990 est en contradiction avec l'article 6 de la directive qui impose la séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur. C'est dire qu'au-delà des questions de fond, l'influence du droit communautaire s'étend ainsi aux questions de procédure ; en l'espèce il s'agissait de la procédure extra-pénale mais, à l'occasion, le conflit peut surgir à propos de la procédure pénale, dès lors que celle-ci peut être considérée comme discriminatoire (22).

Cela dit, l'essentiel du contentieux relatif à la neutralisation de l'incrimination pénale interne se rattache au principe de libre circulation, inscrit dans les textes fondateurs de la Communauté et de l'Union

(20) CJCE, 19 mars 1991, *France c/Commission*, aff. 202-88, *Rec.*, I, p. 1223.

(21) Voir CJCE, 27 oct. 1993, *Decoster*, aff. C-69/91, *Rec.*, I, p. 5355, *Europe*, déc. 1993, n° 476, 484 et 487, *Crim.*, 21 févr. 1994, *Bull.*, 74 (2 arrêts) ; CJCE, 9 nov. 1995, affaire *Tranchant*, *D.*, 1996, I, note J.C. FOURGOUX ; obs. IDOR, *RSC*, 1997, p. 180.

(22) Voir CJCE, 1<sup>er</sup> févr. 1996, *Perfili*, aff. 177/94, *Rec.*, I, p. 161, *Europe*, 1996, n° 147, obs. IDOR, *RSC*, 1997, p. 182.



européenne. Si la libre circulation des personnes intéresse davantage la police des étrangers que les incriminations pénales proprement dites, on examinera en revanche de près la circulation des marchandises, des services et des capitaux : art. 30 Traité CE pour la libre circulation des *marchandises*, art. 59 pour la libre circulation des *services* et art. 64 et 73 A à D, pour la libre circulation des *capitaux*, élargie par le Traité UE aux relations avec les Etats-tiers.

a) *Au titre de la libre circulation des marchandises*, la CJCE a développé une jurisprudence particulièrement riche, considérant que l'incrimination pénale doit être écartée dès lors qu'elle constitue une « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative entre Etats membres. Selon la formule retenue par la Cour dans le célèbre arrêt *Dassonville*, « toute mesure nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative » (23).

Appliquée dans des domaines aussi variés que les infractions de prix illicites (24), ou celles relevant du démarchage à domicile, des fraudes et falsifications, de la législation sur les appellations d'origine ou sur les ventes de médicaments et de produits cosmétiques, ou les délits de revente à perte (25), cette formule doit cependant être nuancée pour deux raisons.

D'une part, en application de l'article 36 Traité CE, les Etats membres peuvent invoquer, à l'appui des dispositions pénales qualifiées d'interdictions ou de restrictions (d'importation, d'exportation ou de transit), l'argument tiré de l'intérêt général, compris à travers l'énumération qui figure dans ce texte (moralité publique, ordre public, sécurité publique, protection de la santé et de la vie, protection des trésors nationaux, protection de la propriété industrielle et commerciale), à la condition toutefois que ces interdictions ou restrictions ne constituent « ni un cas de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée de la concurrence entre les Etats membres » (art. 36, *in fine* Traité CE). Ainsi l'article 36 est-il parfois retenu par la CJCE, par exemple pour légitimer l'application de l'incrimination pénale de

(23) Arrêt *Dassonville*, CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.*, 837.

(24) Voir les arrêts CJCE, 10 janv. 1985, *Centre Leclerc*, aff. 229/84 et 29 janv. 1985, *Cullet et Centre Leclerc*, aff. 231/83, obs. BIANCARELLI, *RSC*, 1985, pp. 372 et s.; également BIANCARELLI et GARMOT, « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *Rev. trim. dr. européen*, 1985, n° 2.

(25) Pour des exemples en ces divers domaines, voir M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, PUF, 1990, t. 1, p. 31.

démarchage à domicile, s'agissant d'un matériel pédagogique destiné à un public particulièrement vulnérable (26). En outre les juridictions nationales font un large usage de ce texte en admettant facilement l'argument de protection de la santé, qu'il s'agisse de la législation sur les ventes de médicaments (27) ou même des fraudes et falsifications résultant de l'usage d'additifs (28).

D'autre part, il faut tenir compte d'une évolution de la jurisprudence européenne elle-même, à partir de l'arrêt *Keck* du 24 novembre 1993 (29) qui constitue un véritable revirement de jurisprudence dans la mesure où la Cour énonce : « Contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les Etats membres au sens de la jurisprudence *Dassonville*, l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres ». L'objectif de ce revirement de jurisprudence est clairement affiché : « étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du texte pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière ».

« Victime de son succès » selon les uns (30), la Cour de justice aurait manifesté ainsi un « mouvement d'humeur » selon les autres (31). En tout cas, la conséquence est qu'il y a lieu désormais de distinguer, pour l'application de l'article 30 du Traité CE prohibant les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent, deux catégories de réglementations nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés (32).

(26) Arrêt *Buet*, CJCE, 16 mai 1989, *RSC*, 1990, chr. BONICHOT, 156.

(27) Voir en droit français, *Crim.*, 20 mars 1993, *Bull.*, 108, 14 oct. 1992, *Bull.*, 326 ; 25 mai 1994, *Bull.*, 202. *Comp. Crim.*, 17 oct. 1994, *Bull.*, 332, écartant l'article 36 en raison de la directive d'harmonisation.

(28) *Crim.*, 3 nov. 1993, *Droit pénal*, 1994, n° 40.

(29) CJCE, 24 nov. 1993, 267/91 et 268/91, *D.*, 1994, 185, note VOINOT.

(30) VOINOT, note précitée sous CJCE.

(31) M. Ch. BOUTARD LABARDE, « Chronique Droit communautaire », *JCP*, 1994, I, 3748, n° 6.

(32) Note J.P. PIZZIO sous CJCE, 10 mai 1995, *D.*, 1995, S.C., 317.

Les réglementations nationales ayant pour objet le produit lui-même ou selon la formule de la Cour de justice « les règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises » constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation interdites, si elles ne sont pas justifiées par des raisons impératives d'intérêt général. Ces réglementations, au vu de l'énumération qu'en fait la Cour de justice, sont relatives à la dénomination, la forme, les dimensions, le poids, la composition, la présentation, l'étiquetage et le conditionnement des produits.

En revanche, les réglementations nationales limitant ou interdisant « certaines modalités de vente » (33), c'est-à-dire portant sur les méthodes de promotion, la publicité, les circonstances de vente tenant aux lieux et au moment de celle-ci, ne constituent plus des mesures d'effet équivalent susceptibles d'entraver le commerce entre Etats membres, si elles satisfont aux deux conditions énoncées dans l'arrêt *Keck*. D'une part, elles doivent s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national. D'autre part, elles doivent affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres. Pour la Cour de justice, l'application de telles réglementations aux ventes de produits en provenance d'autres Etats membres « n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché et à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux ».

La position de la Cour a été réaffirmée à diverses reprises et nuancée. Comme le souligne l'avocat général G. Tesauro dans ses conclusions sur l'affaire *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags* (34), « la Cour, tout en s'abstenant de fournir des indications plus précises, a inclus dans la nouvelle approche jurisprudentielle en la matière seulement certaines et non toutes les modalités de vente ». En l'espèce, elle juge que l'interdiction pour les éditeurs de périodiques de proposer au consommateur de participer à une loterie, « quand bien même elle viserait une méthode de promotion des ventes, porte sur le contenu même des produits » et « ne saurait concerner une simple modalité de vente ». Toutefois elle admet que le maintien du pluralisme de la presse puisse être invoqué à l'appui de l'interdiction et se réfère sur ce point aux conditions posées par l'article 10 CESDH et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; pour conclure finalement que l'article 30 du Traité CE ne fait pas obstacle à l'appli-

(33) A. MATTERA, « De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck*, l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Rev. Marché uni-eur.*, 1994, n° 1, pp. 117 et s.

(34) CJCE, 26 juin 1997, aff. C-368/95.

cation de l'interdiction en cause « pourvu que cette interdiction soit proportionnée au maintien du pluralisme de la presse et que cet objectif ne puisse pas être atteint par des mesures moins restrictives ».

Quelles que soient les nuances apparues, le constat n'en est pas moins, à quelques années de distance, que « du fait de la jurisprudence *Keck* et de la définition plus restrictive adoptée de la mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 CE, il est désormais plus rare qu'une législation nationale méconnaisse le principe de libre circulation des marchandises », la conséquence étant que « le contentieux se développe sur d'autres terrains » (35), en particulier celui des services et, plus récemment, des capitaux.

b) *Au titre de la libre circulation des services*, on rappellera que la notion de services est expressément inscrite dans le Traité CE. Le titre III du Traité, intitulé « La libre circulation des personnes, des services et des capitaux », impose la suppression des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté « à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation » (art. 59, § 1). Il s'agit donc plus précisément de services à caractère transfrontalier et dont le Traité précise également qu'ils doivent donner lieu à rémunération (art. 60). Toutefois la libre circulation n'est imposée que sous réserve des mesures qui seraient justifiées « par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (art. 56, § 1).

En pratique, la CJCE a relevé à plusieurs reprises des incompatibilités entre les articles 59 et 60 du Traité CE et des dispositions pénales incriminant le non respect de mesures d'interdiction ou de restriction relatives à des prestations de service. Ainsi juge-t-elle que la législation britannique sur les loteries, qui interdit, sauf exceptions qu'elle détermine, le déroulement des loteries sur le territoire de l'Etat, constitue une entrave à la libre prestation de services (36). De même, des poursuites pénales engagées contre un entrepreneur luxembourgeois, prévenu d'avoir omis de payer des cotisations pour les « timbres-fidélité » et les « timbres intempéries » dues au titre de la réglementation belge, ont donné lieu à un nouvel arrêt sur la libre circulation des services. La société luxembourgeoise avait employé sur le territoire belge quatre salariés pour l'exécution d'un chantier, et la convention collective belge applicable prévoyait l'obligation de cotisation. Dans la mesure où l'entreprise luxembourgeoise acquittait déjà des cotisations comparables dans son pays d'origine, la CJCE a estimé que cette exigence,

(35) L. IDOT, « Chronique Droit communautaire précité », *RSC*, 1997, 180.

(36) CJCE, 24 mars 1994, arrêt *Schindler*, aff. 275/92.

constituant « une entrave injustifiée » pour les entreprises concernées, était « incompatible avec les règles relatives à la prestation de services » (37).

En revanche la Cour admet, comme pour la libre circulation des marchandises, qu'une mesure considérée comme restrictive peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général (comp. art. 56, § 1 et art. 36 Traité CE). Ainsi juge-t-elle, en matière de démarchage téléphonique, d'une part que la réglementation néerlandaise, qui interdit aux prestataires de services établis sur le territoire national d'adresser des appels téléphoniques non sollicités à des clients potentiels établis dans d'autres Etats membres en vue de proposer leurs services, constitue une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 59 Traité CE. Mais elle considère, d'autre part, que cette interdiction est justifiée dans la mesure où elle vise à protéger la confiance des investisseurs dans les marchés financiers nationaux (38). Il est vrai que cette protection s'impose d'autant plus que le droit communautaire assure la libre circulation des capitaux.

c) *Au titre de la libre circulation des capitaux*, régie par les articles 67 et suivants du Traité CE, complétés par la directive 88/361 pour les mouvements de capitaux intra communautaires et par les nouvelles dispositions des articles 73 A, B, C, D issus du Traité UE (étendant le principe de libre circulation aux relations avec les Etats tiers), cinq affaires pénales récentes concernant l'Espagne ont permis à la CJCE d'éclairer la question, dans les deux perspectives envisagées.

Quant à la circulation des capitaux à l'intérieur de la communauté, l'arrêt *Bordessa* (39) (deux affaires) se fonde sur l'article 67 Traité CE et sur la directive 88/361. La Cour considère, plus particulièrement, que les articles 1<sup>er</sup>, obligeant les Etats membres à supprimer les restrictions aux mouvements de capitaux, et 4 de la directive, les autorisant à prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions aux lois et règlements nationaux, « s'opposent à ce que l'exportation de pièces, de billets de banque ou de chèques au porteur soit subordonnée à une autorisation préalable, mais, en revanche, ne s'opposent pas à ce qu'une telle opération soit subordonnée à une déclaration préalable ». Elle reconnaît, comme le soutenait le gouvernement espagnol, que l'article 4 de la directive s'applique non seulement aux mesures visant à faire échec aux infractions en matière fiscale ou de

(37) CJCE, 28 mars 1996, arrêt *Guiot*, aff. 272/94.

(38) CJCE, 10 mai 1995, arrêt *Alpine Investments Bv*, 384-93, D., 1995, S.C., 317.

(39) CJCE, 23 févr. 1995, affaires 358/93 et 416/93, *Europe*, 1995 n° 134, obs. F.G. et F.L., *Rec.*, I, 361 ; *RSC*, 1997, chr. L. IBOIT, précitée, p. 181.

surveillance prudentielle des établissements financiers, mais également à celles visant à empêcher des activités illicites très grave comme le blanchiment d'argent, le trafic de stupéfiants et le terrorisme. Toutefois elle juge que l'exigence d'une autorisation ne peut être considérée comme une mesure indispensable au sens de la directive, car elle reviendrait à soumettre l'exercice de la libre circulation des capitaux à la discrétion de l'administration et serait susceptible, de ce fait, de rendre cette liberté illusoire. Selon la Cour, « les objectifs évoqués par le gouvernement espagnol paraissent pouvoir être également atteints, avec la même efficacité, par la voie d'une simple obligation de déclaration » ; celle-ci pouvant constituer une telle « mesure indispensable » puisque, contrairement à l'autorisation préalable, elle ne suspend pas l'opération en cause, tout en permettant aux autorités nationales d'effectuer un contrôle effectif pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements.

En définitive, la Cour estime « qu'un système d'autorisation obligatoire appliqué de façon générale au transfert de billets de banque constitue une restriction inadmissible à la libre circulation des capitaux. Cette restriction n'est pas indispensable à la réalisation des objectifs visés par la directive, qui peuvent être également atteints par des mesures, aussi efficaces, qui entravent moins le mouvement de capitaux à l'intérieur du marché commun » (40).

Quant aux mouvements de capitaux concernant des pays tiers, l'arrêt *Sanz de Lera* (41) (trois affaires), fondé sur les articles 73 B, 73 C § 1 et 73 D § 1 Traité CE, issus du Traité UE, adopte une solution comparable.

La question était relative à la législation espagnole qui subordonne l'exportation de sommes supérieures à 5 millions de pesetas à une autorisation administrative, le non-respect de ces conditions étant assorti de sanctions pénales. Deux ressortissants espagnols et une Turque résidant en Espagne avaient été interpellés (soit à l'aéroport de Madrid, soit en France) avec des sommes importantes toujours supérieures à 10 millions de pesetas, non déclarées.

Considérant que des exportations de billets de banque ne correspondent pas à des paiements afférents à des échanges et ne sont donc pas visés par l'article 73 B § 2, la Cour s'interroge en premier lieu sur la compatibilité de la réglementation espagnole avec l'article 73 B § 1, lu en liaison avec l'article 73 D § 1 b). Se référant à l'arrêt *Bordessa*,

(40) Sur l'effet direct ainsi reconnu aux articles 1 et 3 de la directive, voir les commentaires précités de l'arrêt *Bordessa*.

(41) CJCE, 14 déc. 1995, aff. 163/94, 165/94 et 250/94, *Rec.*, I, p. 4821, *Europe*, févr. 1996, n° 78, obs. L. IDOT, *RSC*, 1997, chr. L. IDOT, précitée, p. 181.

la Cour juge que ces textes s'opposent à une réglementation qui subordonne l'exportation de billets de banque ou de titres au porteur à une autorisation préalable. Elle considère à nouveau que les objectifs légitimes poursuivis peuvent être atteints au moyen d'une simple déclaration préalable.

En outre on relèvera que les comportements incriminés étaient intervenus pour les uns avant le 1<sup>er</sup> novembre 1993, date de l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union, et pour les autres avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994, date de l'entrée en vigueur de ces dispositions en Espagne. Dans ces conditions, la CJCE aurait pu refuser de se prononcer sur ces dispositions. Toutefois, soulignant que le juge national avait fait valoir le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus favorable, qui « rendrait inapplicables les dispositions nationales sous l'empire desquelles auraient été commises les infractions pénales, si ces dispositions s'avéraient incompatibles avec les articles 73 B à 73 D », la Cour, sans prendre parti sur le bien-fondé du principe de rétroactivité *in mitius* en droit communautaire, a estimé nécessaire de répondre aux questions posées. On retiendra que « la combinaison de principe communautaire de la primauté et de principe de droit pénal interne de la rétroactivité *in mitius* peut ainsi conduire à neutraliser un grand nombre d'infractions » (42).

D'autant que l'effet de neutralisation ne se limite pas aux incriminations mais concerne aussi les sanctions.

## 2. — Neutralisation de la sanction

Le mécanisme de neutralisation du droit pénal interne par le droit communautaire est différent et moins connu car la jurisprudence est beaucoup moins riche qu'en ce qui concerne les incriminations. Pourtant la CJCE s'est prononcée dans plusieurs arrêts, principalement sur le fondement du principe de proportionnalité — principe non écrit dans le Traité CE mais considéré par la CJCE comme principe général du droit communautaire et finalement consacré par la formule très générale de l'article 3 B, al. 3 Traité UE (« L'action de la communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ») —, parfois combiné avec le principe de non discrimination (art. 6 et 95 Traité CE modifié Traité UE).

a) *Quant aux sanctions disproportionnées*, le raisonnement de la Cour est clairement rappelé dans l'arrêt *Banchero* (43), à propos d'une réglementation italienne sur la contrebande de tabac, jugée finalement

(42) L. IDOT, chr. précitée, RSC, 1997, 181.

(43) CJCE, 14 déc. 1995, aff. 387/93.

compatible avec l'article 30 Traité CE, en application de la jurisprudence *Keck* (voir ci-dessus). En l'espèce la Cour considère que « les sanctions que M. Banchemo encourt n'entravent nullement l'importation de tabacs manufacturés d'autres Etats membres, mais tendent seulement à dissuader le consommateur de s'approvisionner en tabacs, pour lesquels n'ont pas été acquittées les taxes conformes au droit communautaire, par l'intermédiaire de revendeurs non autorisés, opérant eux-mêmes en infraction à la législation italienne applicable à la distribution des tabacs manufacturés ». Elle en déduit que « dès lors, la sévérité de ces sanctions échappe à toute appréciation en droit communautaire ».

Toutefois c'était l'occasion pour les juges européens de rappeler leur conception en matière de sanctions : « si en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres, il résulte d'une jurisprudence constante que le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux Etats membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes. Les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire ; les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues de manière à restreindre la liberté voulue par le traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté ».

Cette « jurisprudence constante » s'est en effet développée sur une vingtaine d'années, essentiellement en matière douanière et fiscale. L'arrêt *Donckerwolcke* du 15 décembre 1976 (44) souligne que le délit d'absence de déclaration ou de fausse déclaration ne devrait pas être frappé d'une sanction « disproportionnée à la nature d'une infraction de caractère purement administratif ». Et la Cour ajoute, dans l'arrêt *Rivoira* du 28 mars 1978 (45), qu'il serait « disproportionné d'appliquer sans distinction les sanctions pénales prévues pour les fausses déclarations faites en vue d'effectuer des importations interdites ».

La disproportion peut notamment résulter du fait que l'infraction a un caractère « purement administratif » car elle n'implique pas de véritable faute pénale (intentionnelle, d'imprudence ou de négligence). Tel est le sens de l'arrêt *Donckerwolcke* où la Cour constate qu'une règle nationale qui impose l'exigence de l'indication du pays d'origine sur le document de déclaration en douane d'une marchandise impor-

(44) CJCE, 28 mars 1978 ; voir aussi les arrêts *Casati*, du 11 nov. 1981, 203/80, *Rec.*, p. 2595 et *Pieck*, du 3 juill. 1980, 157/79, *Rec.*, p. 2171.

(45) CJCE, 15 déc. 1976, 41/76, *Rec.*, p. 1921.



tée tombe sous le coup de la prohibition de l'article 30 du traité « s'il est demandé à l'importateur de déclarer, au sujet de l'origine, autre chose que ce qu'il connaît ou peut raisonnablement connaître ». Plus précisément encore, la Cour a, dans un arrêt *Wurmser* (46) du 11 mai 1989, jugé qu'une disposition nationale imposant au responsable de la première mise sur le marché national d'un produit de vérifier, sous peine d'engager sa responsabilité pénale, la conformité de ce produit aux prescriptions en vigueur sur ledit marché n'est compatible avec les articles 30 et 36 du traité, qu'à condition que l'importateur puisse se dégager de sa responsabilité en présentant une attestation comme moyen de preuve qu'il a rempli les obligations de contrôle des marchandises qui lui incombent.

b) *Quant aux sanctions discriminatoires*, on peut citer l'arrêt rendu par la CJCE le 25 février 1988 dans l'affaire *Drexel* en matière fiscale (47) : « S'il est vrai que la législation pénale et le régime de sanctions, même en matière fiscale, relèvent de la compétence des Etats membres, le droit communautaire pose des limites aux cas où la législation nationale est susceptible d'avoir un impact sur la neutralité des impositions intérieures, au regard des échanges intracommunautaires, telle que voulue par l'article 95 du traité, ainsi que sur le bon fonctionnement du système commun de la TVA, tel que résultant des directives communautaires... Un système de sanction ne saurait avoir pour effet de compromettre les libertés prévues par le traité ». La Cour raisonne d'abord en termes de proportionnalité, jugeant que tel serait le cas « si une sanction était si disproportionnée à la gravité de l'infraction, qu'elle deviendrait une entrave à la liberté garantie par le droit communautaire ». Toutefois cette disproportion se combine avec le constat d'une discrimination entre les sanctions pénales. En effet, selon qu'il s'agissait d'infractions à la TVA à l'importation ou d'infractions concernant la TVA afférente aux transactions internes au pays, les sanctions étaient différentes (peines d'emprisonnement et de confiscation en cas d'importation, non prévues au cas de transaction interne) ; l'idée sous-jacente étant qu'un tel écart revient à « attribuer une signification particulière au passage d'une frontière intracommunautaire », conséquence incompatible avec le principe même d'un « Marché commun » (conclusions Darmon).

Dans le même sens, la Cour juge en 1993 (48) qu'« en instituant et en appliquant, au titre de l'article 414 du code français des douanes,

(46) CJCE, 11 mai 1989, aff. 25/88, *Rec.*, p. 1105.

(47) CJCE, 25 févr. 1988, aff. 299/86, *Rec.*, p. 1213.

(48) CJCE, 2 août 1993, aff. 276/91, *Commission c./France*, D., 1994, 105, note BERGERÈS.

un régime de sanctions pour les infractions à la TVA due à l'importation d'un autre Etat membre, qui est plus sévère que celui prévu par ailleurs pour les infractions à la TVA afférente aux transactions réalisées à l'intérieur du pays, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 95 du Traité ». Comme le fait remarquer le commentateur (49), la CJCE « ne censure cependant pas de façon purement mécanique toute différence de traitement si celles-ci sont justifiées ». Comme il avait été jugé dans l'arrêt *Drex* précité, « les Etats membres ne sont pas obligés de prévoir des régimes identiques pour les deux catégories d'infractions, dès lors qu'elles ne sont pas décelables avec la même facilité... ». Toutefois, « la plus ou moins grande difficulté avec laquelle une infraction peut être découverte ne saurait justifier un écart manifestement disproportionné dans la sévérité des sanctions prévues pour les deux catégories d'infractions ». Autrement dit, comme dans l'arrêt *Drex*, le principe de non discrimination dans les traitements fiscaux (art. 95 Traité CE) est combiné avec le principe de proportionnalité des sanctions pour aboutir le cas échéant, à l'effet de neutralisation du droit pénal interne.

Pourtant c'est aussi au nom du principe de non discrimination entre les opérateurs économiques, combiné cette fois avec les principes de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire et de la coopération loyale des Etats membres, que se manifeste l'effet, diamétralement mais non symétriquement opposé, d'appel au droit pénal.

## B. — L'APPEL AU DROIT PÉNAL NATIONAL

En l'absence de compétence pénale directe de la Communauté, et alors que le droit pénal de l'Union européenne est encore en gestation (cf. *infra*, II), le principal moyen de sanctionner pénalement les violations des normes communautaires est de faire appel au droit pénal national. Cet appel peut prendre la forme, soit d'une *intégration de la norme communautaire au droit pénal national*, qui implique une modification de celui-ci, soit d'une *assimilation des intérêts communautaires aux intérêts nationaux*, qui entraîne une extension du domaine d'application du droit pénal national.

### 1. -- *L'appel à intégrer la norme communautaire au droit pénal national*

A la différence de ce que l'on peut observer quant à la neutralisation du droit pénal national (voir ci-dessus, A), la combinaison des principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire est

(49) Note BERGERÈS, précitée.

nécessaire, mais non suffisante, pour assurer l'intégration de la norme communautaire au droit pénal national. Encore faut-il qu'un support existe, ou soit mis en place, en droit interne. Les Etats sont fortement incités à le prévoir en application du troisième principe évoqué plus haut, celui de coopération loyale, mais il faut rappeler ici qu'un Etat membre ne peut se prévaloir d'une directive non transposée en droit interne. Comme la CJCE l'a rappelé par deux arrêts du 12 décembre 1996 (précités note 11), « le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie, lequel est le corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement du principe de la sécurité juridique, s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi ». L'affirmation mérite d'autant plus de retenir l'attention qu'elle est appuyée sur une référence aux principes généraux du droit et à l'article 7 de la CESDH à propos duquel la Cour de justice cite deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme.

En pratique, l'intégration peut se faire directement, par une modification de la législation pénale concernée, destinée à transposer la norme communautaire en droit interne, ou de façon indirecte, par la technique dite du renvoi qui repose sur une clause, plus ou moins large et ouverte, inscrite dans la norme d'incrimination (la loi elle-même ou les textes d'application), et destinée à incorporer la norme communautaire au droit pénal national. On donnera quelques exemples de chacune de ces deux techniques.

a) *L'intégration directe*, par transposition de la norme communautaire en droit pénal interne suppose un véritable travail législatif par lequel le législateur national modifie la définition de l'incrimination pénale. Ce processus d'adaptation peut être plus ou moins spontané selon que la norme communautaire évoque avec plus ou moins d'insistance et de précision la nécessité pour les Etats membres d'adapter la législation interne.

En droit de la concurrence, par exemple, l'existence de sanctions communautaires, de nature il est vrai administrative et non pénale, donne au droit (administratif quasi-pénal) de l'Union européenne une véritable autonomie. Toutefois celle-ci n'exclut pas toute transposition de la norme communautaire. Ainsi en France, l'ordonnance du 23 décembre 1986 (mod. loi 1<sup>er</sup> juillet 1996), qui réorganise le droit de la concurrence et des prix, a-t-elle donné une nouvelle définition de l'abus de position dominante, devenu l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, plus proche du droit communautaire (comparer art. 8, ord. et art. 86

Traité CE), étant précisé qu'à la suite de la dépénalisation partielle réalisée par l'ordonnance de 1986, la sanction est devenue en principe administrative (art. 13 ord.), mais reste pénale au cas de comportement frauduleux commis par une personne qui aura pris une part « personnelle et déterminante » dans la commission de l'infraction (art. 17 ord.).

En revanche, dans la plupart des autres domaines, comme le droit des sociétés ou celui de la bourse, l'incitation à transposer la norme communautaire repose généralement sur une directive, elle-même plus ou moins précise, dont la transposition en droit interne suppose une intervention législative. Ainsi peut-on citer la directive du conseil n° 89/592 du 13 novembre 1989 « sur la coordination des réglementations concernant les opérations d'initiés » (50) qui a eu pour effet, soit l'apparition du délit d'initiés dans la législation pénale de pays, comme le Grand Duché de Luxembourg, qui ne l'avaient pas incriminé jusque là, soit l'adaptation du délit préexistant aux nouvelles indications figurant dans la directive, comme en France avec les lois du 2 août 1990 et 2 juillet 1996.

Autre exemple, la directive du Conseil n° 91/308 du 10 juin 1991 « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux » (51). Comme la convention du Conseil de l'Europe, adoptée dès 1990, la directive communautaire invite les Etats membres à incriminer le blanchiment et à inclure dans cette notion les comportements portant sur des fonds provenant de n'importe quelle activité délictueuse, à la différence de la Convention ONU de 1988 (convention de Vienne) qui se limitait aux fonds provenant d'un trafic de stupéfiants. En revanche, moins précise que la Convention du Conseil de l'Europe sur ce point, la directive n'impose pas expressément l'adoption de sanctions pénales. Comme il a été très clairement exposé (52), cette neutralité apparente n'a guère affaibli l'impact de la directive sur le droit pénal national : « s'il est vrai que la directive ne contient aucune référence expresse au droit pénal, et que le renvoi à ce dernier est prévu dans une déclaration adoptée dans

(50) J.O.C.E., L 334 18 nov. 1989, 30 et s. Voir PINGAL, « Les opérations d'initiés en droit communautaire », JCP, 1991, I, 3515.

(51) J.O.C.E., L 166, 28 juin 1991, 77.

(52) S. MANACORDA, « Criminalité économique et contexte international », in *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, dir. M. DELMAS-MARTY, vol. IV, Institutions internationales, pp. 71 et s., MSH, 1996. Voir aussi A. BERNARDI, « Vers une européanisation du droit des affaires, limites et perspectives d'un *jus commune criminalis* », RDPC, 1997, p. 415 ; F. PALAZZO, « Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri », in *Cass. pén.*, 1987, 243 et s.

le cadre de la coopération politique (et donc au niveau intergouvernemental et non pas communautaire), il faut néanmoins reconnaître que les représentants des Etats membres ont admis la nécessité de recourir à l'instrument pénal pour lutter efficacement contre le blanchiment de l'argent ». D'où la conclusion que « de l'interprétation globale de la directive et de la déclaration annexe sur le blanchiment découlent la préférence du législateur communautaire pour l'instrument répressif le plus sévère, à savoir le droit pénal ». En application de cette directive un certain nombre de pays ont en effet adopté une législation pénale en la matière. Par exemple, l'Italie incrimine le blanchiment quelle que soit l'origine des fonds (art. 648<sup>bis</sup> et 648<sup>ter</sup> CPI et art. 12 *quinquies* décr. loi 8 juin 1992 et art. 12 *sexies* introduit par le décret-loi 22 juin 1994) : alors qu'en France le blanchiment, d'abord prévu dans le prolongement du trafic de stupéfiants (depuis une loi de 1987 incorporée au CP, art. 222-38), a été progressivement étendu, d'abord aux fonds provenant du proxénétisme (art. 225-6 CPF), puis aux fonds de toute origine délictueuse, quelle que soit l'infraction commise en amont (loi 13 mai 1996, art. 324-1 et s. CPF).

On notera enfin un exemple d'intégration par anticipation, s'agissant de la directive n° 76/207 du 14 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail. En effet l'incrimination pénale correspondante a été introduite en droit français par la loi du 11 juillet 1975 (complétée par celle du 13 juillet 1983, voir art. L.123-1 et s. et L.152-1 CPF), c'est-à-dire à une époque où la directive communautaire était encore en cours de discussion.

De ces quelques exemples, à caractère seulement indicatif car la liste n'est évidemment pas exhaustive, il ressort que l'intégration directe, par transposition de la norme communautaire est un processus satisfaisant en ce qu'il respecte la souveraineté du législateur national, mais d'une certaine lourdeur car il implique la refonte du droit pénal national et ne peut être systématisé dans tous les domaines concernés par le droit communautaire. D'où l'intérêt de l'intégration par renvoi.

b) *L'intégration par renvoi*, à fins d'incorporation de la norme communautaire a l'avantage de la souplesse et de la rapidité, mais l'inconvénient d'affaiblir la place du législateur national par le caractère quasi-automatique de l'intégration de la norme communautaire, une fois le mécanisme du renvoi mis en place. Encore faut-il distinguer selon qu'il s'agit d'un simple renvoi de la loi pénale nationale aux normes communautaires ou d'un renvoi de la loi à des textes d'application (non législatifs mais réglementaires), qui renvoient eux-mêmes

à la norme communautaire (renvoi en cascade, plus ou moins explicite selon les cas).

A vrai dire, la première forme, celle du renvoi simple, reste assez rare. On citera, en ce qui concerne le droit français, une loi du 21 mai 1985 modifiant un décret du 9 janvier 1982 sur l'exercice de la pêche maritime. D'emblée, l'article 3 de la loi affirme que « la pêche maritime s'exerce conformément aux règlements de la Communauté économique européenne » et l'article 6 sanctionne pénalement quiconque aura, « en infraction aux règlements de la Communauté économique européenne » commis l'un ou l'autre des actes délictueux énumérés au texte. La volonté du législateur est donc clairement exprimée en faveur de l'intégration du droit communautaire au droit pénal national.

En revanche, dans d'autres domaines, la loi renvoie seulement à des textes d'application qui à leur tour renvoient à des normes communautaires (notion de renvoi « en cascade »). On en trouve divers exemples dans le droit français des transports, dans la législation sur les fraudes et falsifications ou en droit douanier.

En droit des transports, l'ordonnance du 23 décembre 1958 sur les conditions de travail et la sécurité a été complétée par des textes d'application de caractère réglementaire qui évoquaient *in fine* « les conventions au droit communautaire ». Le processus de renvoi a ultérieurement été précisé par le décret du 17 octobre 1986 relatif à l'application des dispositions des règlements CEE du Conseil du 20 décembre 1985 (n° 3820/85 et 3821/85) qui harmonisent certaines dispositions du droit des transports par route. Plus précis que les textes antérieurs, le décret de 1986 pose le principe que, pour les transports entrant dans leur champ d'application, « les prescriptions énoncées par ces règlements, valent obligations définies par décrets en Conseil d'Etat » (en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, ord. 1958 ou du décret du 31 juillet 1980), la conséquence étant que l'inobservation des règlements communautaires sera sanctionnée pénalement au même titre que celle du droit national (53).

Quant au droit des fraudes et falsifications, il illustre également le processus d'intégration par renvoi explicite, selon un mécanisme en deux temps. Dans un premier temps, la loi (art. 11, l. 1<sup>re</sup> août 1905, devenu art. L.214-1 du Code de la consommation) énonce qu'« il sera statué par des règlements d'administration publique sur les mesures à prendre pour l'exécution » du présent texte. Puis il est précisé, depuis la loi du 10 janvier 1978 (art. 13-1, l. 1905 devenu art. L.214-3 C. consommation) : « lorsqu'un règlement de la CEE contient des dispo-

(53) Voir Crim., 15 nov. 1995, *Bull.*, 351.

sitions qui entrent dans le champ d'application de la présente loi, un règlement d'administration publique constate que ces dispositions, ainsi que celles des règlements communautaires qui les modifieraient ou qui seraient pris pour leur application, constituent les mesures d'exécution prévues aux articles L.214-1, L.215-1, dernier alinéa, et L.215-4 ». Ce système, qui « aboutit à créer des incriminations pénales dotées d'un élément légal hybride, de droit interne quant à la sanction, mais de droit communautaire quant à l'incrimination » (54), laisse une grande liberté d'interprétation au juge. Comme le fait observer un commentateur, « c'est surtout vrai de la falsification, terme que les juges en sont venus à considérer comme recouvrant la moindre violation d'une quelconque règle de fabrication. Or ces règles, aujourd'hui et pour la plupart des produits, sont des règlements communautaires » (55). Et l'auteur ajoute que dans plusieurs arrêts (56) la Chambre criminelle a elle-même substitué le règlement communautaire au texte français dont on sanctionnait préalablement la violation : « l'incrimination est tellement ouverte que la jurisprudence y fait d'elle-même entrer le droit communautaire ». Cet inconvénient est encore accru quand le renvoi est seulement implicite, comme en droit douanier.

Le droit douanier illustre en effet un mécanisme de renvoi beaucoup plus vague. Certes, le code des douanes français vise « toute infraction aux dispositions des lois et règlements que l'administration des douanes est chargée d'appliquer » (art. 410) ; mais la formule permet seulement d'intégrer des règlements communautaires à la définition des contraventions ainsi incriminées. Moins explicite pour les délits, l'article 426 vise seulement les fausses déclarations dans « l'espèce, la valeur ou l'origine réelle des marchandises » ; ou encore celles qui ont « pour but ou pour effet d'obtenir, en tout ou partie, un remboursement, une exonération ou un droit réduit, ou un avantage quelconque attaché à l'importation ou à l'exportation » (art. 426-3 et 4 CD). Or ces notions sont en pratique définies par référence au droit communautaire, comme le dit très ouvertement la Chambre criminelle de la Cour de cassation, au détour d'une phrase soulignant que « les dispositions de l'article 426 du CD ne sauraient être tenues pour contraires à une réglementation communautaire dont elles garantissent en France la bonne application » (souligné par nous) (57). Ainsi les règle-

(54) M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, t. 1, PUF, 1990, p. 38.

(55) M. MASSÉ, chr. *RSC*, 1996, 935.

(56) Crim., arrêts *Duclos*, 23 juin 1977, *Bull.*, n° 238 ; *Brochard*, 4 déc. 1978, *Bull.*, n° 342 ; *Ramel*, 1<sup>er</sup> oct. 1980, *Bull.*, n° 242.

(57) Crim., 1<sup>er</sup> juin 1981, *Bull.*, n° 176, à propos d'une restitution accordée sous réserve de l'exportation de sucre dans un pays tiers.

ments communautaires (regroupés dans le code des douanes communautaire depuis le règlement du Conseil 2913/92 du 12 août 1992) se trouvent intégrés de façon quasi-automatique à la définition du délit pénal de droit interne, qu'il s'agisse de définir l'origine de la marchandise déclarée, son espèce ou sa valeur (58).

Encore faut-il que les juridictions pénales nationales vérifient que les agissements poursuivis entrent bien dans les prévisions des règlements communautaires (59), et encore faut-il que l'incrimination résultant de ces renvois soit « définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui », comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation française (60), à propos de deux règlements communautaires (règlement 1224/80 CEE du 28 mai 1980 relatif à la valeur en douane des marchandises et règlement 2742/82 CEE du 13 oct. 1982 instituant une taxe compensatoire, invalidé par la CJCE le 11 févr. 1988). La décision de condamnation est ainsi cassée « en l'état des définitions inconciliables que donnent de la notion de valeur à déclarer » les règlements concernés (et en raison de l'absence de « dette douanière » résultant de l'invalidation du règlement de 1982).

On mesure ainsi les faiblesses d'une technique d'intégration par renvoi qui ressemble plus à du bricolage législatif qu'à l'œuvre de mise en cohérence que l'on attend d'un législateur soucieux d'assurer aux justiciables une véritable « qualité de la loi », pour reprendre les termes employés par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle évoque la légalité des délits et des peines au sens de l'article 7 CESDH.

Il est vrai qu'à cet égard, l'autre technique d'intégration, par assimilation des intérêts communautaires aux intérêts nationaux, est sans doute plus satisfaisante, car la notion d'assimilation est plus explicite que celle de renvoi, mais à condition d'être effective. C'est la question qu'il faut maintenant examiner.

## 2. — *L'appel à assimiler les intérêts communautaires aux intérêts nationaux*

Il s'agit cette fois, non pas d'intégrer la norme communautaire au droit pénal national mais d'étendre le champ d'application de celui-ci,

(58) Voir C.J. BERR et M. TRIMEAU, *Le droit douanier communautaire et national*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 1997, pp. 106 et s.

(59) Crim., 12 juin 1995, *Bull.*, n° 214.

(60) Crim., 30 oct. 1995, *Bull.*, n° 329.



de manière à protéger non seulement les intérêts nationaux, mais aussi les intérêts communautaires. Certes le premier processus décrit ci-dessus peut contribuer à la protection d'intérêts à la fois nationaux et communautaires. Mais quand les seuls intérêts communautaires sont en cause, l'on peut observer que le problème de la souveraineté nationale ne se pose pas dans les mêmes termes car les Etats ne se sentent pas aussi directement concernés, en particulier quand il s'agit de protéger les intérêts financiers de la Communauté, le plus souvent désignés (malgré l'absence de personnalité juridique de l'Union) comme le budget de l'Union européenne, instrument par excellence de la politique européenne commune, contre une criminalité en pleine expansion.

Sans revenir sur l'analyse des caractéristiques de cette criminalité (61), on rappellera qu'elle présente un « degré d'organisation impressionnant (62) » et reste largement occulte, dans la mesure où elle s'intègre dans les circuits économiques par le biais de montages particulièrement complexes qui font intervenir toute une chaîne d'intermédiaires, tantôt fictifs, tantôt relevant de structures commerciales traditionnelles. S'ajoute le caractère largement international de cette criminalité qui implique parfois de très nombreux pays (63). Ce dernier caractère est révélateur d'une situation absurde car « plus les frontières du marché intérieur s'ouvrent, plus la persistance des frontières juridiques s'avère désastreuse (64) », au point d'offrir aux délinquants de véritables refuges.

(61) Voir VERVAELE, précité, note 6. *Addé Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruxelles, nov. 1993, Oak Tree Press, Dublin, 1994, pp. 59-132. Voir aussi *Quelle politique pénale pour l'Europe ?* (dir. M. DELMAS-MARTY), Economica, 1992 et en anglais *What kind of criminal policy for Europe ?*, Kluwer, 1996 ; *Perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne*, V<sup>e</sup> Journées gréco-latines de défense sociale, Thessalonique, oct. 1995 (dir. C. VOYOUCAS), 1996.

(62) Conseil Justice et affaires intérieures, groupe de travail droit communautaire, JA 29 févr.-1<sup>er</sup> mars 1995, montrant que : « sur plus de 12.000 cas communiqués par les Etats membres depuis 1991 dans le domaine des ressources propres et du FEOGA-Garantie, 1 % du nombre total de ces cas représentent à eux seuls plus de 50 % de l'impact budgétaire total et 3 % du nombre des cas communiqués par les Etats membres mettent en jeu des montants individuels supérieurs à 1 million d'écus, ce qui représente au total plus des deux tiers du montant global des communications (droits éludés et dépenses détournées ou indûment perçues) ». Voir également le rapport de la Commission, *Protection des intérêts financiers de la Communauté*, 1996, confirmant l'analyse : 2 à 3 % de ces correspondants à plus des deux-tiers des montants fraudés (p. 8).

(63) Voir les rapports annuels de la Commission au Parlement européen, et les rapports annuels de la Cour des comptes.

(64) H. LABAYLE, « La protection des intérêts financiers de la Communauté », *Europe*, mars 1995, 1.

Pour y remédier, une première réponse est venue de certains Etats membres, sous la forme d'une assimilation spontanée, plus ou moins explicite selon les cas, des intérêts financiers de la Communauté aux intérêts nationaux. A défaut de voir se généraliser cette pratique, la Commission a dû utiliser le recours en manquement, donnant l'occasion à la CJCE de préciser les obligations résultant pour les Etats membres du principe de coopération loyale, jurisprudence consolidée ensuite par le Traité UE. C'est ainsi qu'à l'assimilation spontanée s'ajoute désormais l'assimilation imposée.

a) *L'assimilation spontanée* est assez largement admise par la jurisprudence nationale, mais reste peu explicite au plan législatif. Toutefois plusieurs Etats membres ont pris l'initiative de définir de nouvelles incriminations pénales consacrant expressément le principe d'assimilation, comme le montre plus particulièrement l'exemple des droits allemand et italien.

En droit allemand (65), il faut distinguer la protection pénale des recettes communautaires de celle des dépenses. Pour ce qui est des recettes, le droit fiscal allemand assimile expressément les prélèvements dans les droits du tarif douanier communautaire aux taxes allemandes (art. 3, par. 1 Code des impôts, art. 80, a, par. 3 de la loi sur les douanes, art. 2 de la loi sur les prélèvements). Ainsi la fraude fiscale, définie comme infraction pénale lorsqu'elle est intentionnelle, peut être commise au préjudice de la Communauté. Sur ce point la différence avec des formules moins explicites, comme celle du droit français, par exemple, se limite au fait que l'assimilation n'est pas seulement jurisprudentielle (comme en France) mais aussi législative. En outre, le droit allemand punit la fraude même si elle a été commise par un étranger à l'étranger, dès lors que les droits d'entrée à percevoir par un autre Etat membre peuvent entrer dans la définition de la fraude fiscale. Mais la grande originalité du droit allemand concerne la protection des dépenses, à travers l'infraction spécifique de la fraude aux subventions. L'article 264 CPA inclut expressément, dans son paragraphe 6, la protection pénale des subventions communautaires, y compris lorsque la fraude est commise par des étrangers à l'étranger (cf. disposition parallèle en droit fiscal, voir ci-dessus). De plus, à la différence du droit fiscal qui limite l'incrimination pénale à la seule fraude intentionnelle, le code pénal définit comme fraude aux subventions tant les comportements intentionnels que ceux commis par négligence grave.

(65) Voir K. TIEDEMANN, « La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté », Actes du Séminaire organisé par la Commission européenne à Bruxelles, nov. 1989, *doc. Commission*, pp. 141 et s.

Ainsi l'assimilation est-elle largement réalisée par le droit allemand, y compris pour les restitutions qui sont versées à l'exportation de produits agricoles vers des pays tiers ainsi que les aides consenties par le Fonds social ou par le Fonds régional à des entreprises et établissements, qui sont clairement couvertes par la protection visée à l'article 264 du code pénal. En revanche, selon le professeur Tiedemann (66), « l'application de cette disposition aux paiements à l'intervention lors de l'achat de produits agricoles par l'organisme d'intervention ainsi qu'aux aides au stockage est controversée. Ces prestations sont toutefois protégées par l'article 263 du code pénal définissant l'escroquerie qui intervient parce que les intérêts financiers de la Communauté sont moins l'émanation d'un pouvoir public qu'un bien patrimonial qui correspond à un droit individuel privé ».

Quant au droit italien, il faut signaler l'intervention du législateur italien pour incriminer expressément, sur le modèle du droit allemand, la fraude aux subventions. L'article 640*bis* du CPI, créé par la loi n° 55 du 19 mars 1990, vise la perception illicite des subventions nationales ou communautaires. Et l'article 2 de la loi du 27 octobre 1986 prévoit un régime particulier pour les agissements tendant directement à l'obtention illicite de subventions communautaires en matière agricole, étant précisé que l'article 73 de la loi de 1992 a conféré à cette disposition un caractère subsidiaire par rapport à l'article 640*bis* CPI. Ainsi peut-on considérer que « par conséquent, au cas de conduite mensongère relative aux fonds FEOGA, on aura recours à la loi de 1986, alors qu'au cas plus grave d'emploi de manœuvres frauduleuses, on sera dans le champ d'application de l'article 640*bis* » (67).

Encore faut-il préciser qu'en ce qui concerne le fait d'utiliser à des fins non admises des subventions publiques obtenues licitement, le droit italien contient une disposition *ad hoc* : l'article 316*bis* CPI, introduit en 1990 pour combler une lacune de l'ordre juridique en matière de protection des finances publiques. Ce texte punit le fait de celui qui -- ayant reçu des contributions, subventions ou financements destinés à favoriser des activités socialement utiles -- omet de les affecter aux finalités prévues. Comme on l'a fait observer, « la distinction entre fraudes nationales et fraudes communautaires n'a plus de raison d'être dans ce contexte, compte tenu du fait que l'article 316*bis* CPI concerne les unes et les autres » (68).

(66) K. TIEDEMANN, précité.

(67) S. MANACORDA, in « Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne », t. 1, *Europe* (dir. M. DELMAS-MARTY), M.S.H., 1995, pp. 54 et s.

(68) *Ibid.*, p. 60.

Si le modèle allemand d'assimilation spontanée explicite a également été suivi dans d'autres pays que l'Italie, comme le Portugal ou l'Espagne, il demeure que dans beaucoup d'Etats membres l'assimilation est encore implicite. D'où la volonté des institutions européennes d'imposer désormais l'assimilation.

b) *L'assimilation imposée* est la résultante d'une action conjuguée de la Commission et de la CJCE, par la voie du recours en manquement exercé dans l'affaire précitée « du maïs grec », puis des Etats eux-mêmes, consacrant la jurisprudence en l'inscrivant à l'article 209 A du Traité UE.

L'affaire dite du *maïs grec* repose sur une fraude au détriment du budget communautaire commise à propos de maïs, d'origine yougoslave, introduit en Grèce, puis réexporté comme étant d'origine grecque, donc communautaire, vers un autre pays de la Communauté (la Belgique) ; l'opération de naturalisation communautaire ayant évité aux opérateurs de verser la somme correspondant au prélèvement agricole qui aurait dû être perçu au profit des ressources propres de la Communauté. Dès 1987, la Commission européenne avait communiqué au Gouvernement grec les conclusions d'une enquête établissant les faits. Aucun mémoire n'ayant été produit par la Grèce dans le délai imparti, un recours en manquement fut introduit auprès de la CJCE, notamment sur le fondement de l'article 5 Traité CE : « selon la Commission, les dispositions de l'article 5 du traité imposent aux Etats membres de sanctionner les auteurs de violations du droit communautaire de la même façon que ceux de violations du droit national. La République hellénique aurait manqué à ces obligations en négligeant d'engager toutes les procédures pénales ou disciplinaires prévues par la législation nationale, à l'encontre des auteurs de la fraude et de tous ceux qui ont collaboré à sa réalisation et à sa dissimulation ».

C'est sur ce point précis que la Cour rendra un arrêt de principe en se fondant, en effet, sur l'article 5 : « il convient de relever que, lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales. L'article 5 du traité impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire ».

Explicitant le texte, à vrai dire quelque peu elliptique de l'article 5, la Cour en tire les obligations déjà évoquées ci-dessus, d'assimilation et d'efficacité, qu'elle applique en deux temps. D'abord aux textes de droit interne, en déclarant que les Etats, « tout en conservant le choix

des sanctions, doivent notamment 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 similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Puis, dans un souci très pragmatique et concret, elle applique aussi le principe d'assimilation aux pratiques de mise en œuvre des textes : « en outre, les autorités nationales doivent procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes ».

En l'espèce, la Cour constate qu'« il ne résulte pas du dossier que les autorités helléniques aient engagé des poursuites pénales ou disciplinaires, à l'encontre des personnes qui ont participé à la réalisation et à la dissimulation de la fraude dénoncée par la Commission ni qu'un obstacle se soit opposé à l'engagement de ces poursuites ». Elle reconnaît que « lors de la procédure précontentieuse, le Gouvernement hellénique a cependant soutenu que la justice nationale était saisie du dossier et qu'il convenait d'attendre les résultats de l'instruction judiciaire ». Mais elle fait remarquer que « La Commission conteste à bon droit cet argument en remarquant que, selon les informations dont elle dispose, cette action judiciaire, engagée d'ailleurs non par les autorités nationales mais par une société concurrente d'ITCO, porte seulement sur la fraude relative à la cargaison transportée sur le navire Aifonsina ».

En définitive, la Cour juge qu'« en omettant des poursuites, pénales ou disciplinaires, à l'encontre des personnes qui auraient participé à la réalisation et la dissimulation des opérations ayant permis d'échapper aux prélèvements agricoles mentionnés précédemment, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 du traité CEE ».

On note qu'à aucun moment, l'arrêt n'impose directement le caractère pénal des poursuites et des sanctions exigées. En revanche, l'obligation d'assimilation est clairement imposée aux Etats membres qui doivent veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure « analogues à celles applicables aux violations du droit national » et doivent procéder « avec la même diligence que celles dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes ».

Cette jurisprudence est, comme on l'a rappelé, inscrite aujourd'hui à l'article 209-A du Traité UE : « Les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts

financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs intérêts financiers » (69). Toutefois le rapport établi par la Commission en novembre 1995 sur l'application de ce texte rejoint le constat fait en 1993 par un groupe d'experts chargé d'une Etude comparative (70). Il montre « qu'on ne dispose actuellement au niveau communautaire que d'informations partielles, alors que seule une connaissance de tous les maillons de la chaîne anti-fraude permettrait de mesurer l'efficacité des mesures prises et d'apprécier leur adaptation dans le temps » (71). Et souligne que : « les Etats membres affirment une fois pour toutes que l'assimilation est réalisée, mais le rapport d'assimilation n'est jamais fait d'un domaine à l'autre ni au travers des résultats comparés ».

En conclusion de cette première partie sur *Le droit pénal dans l'Union européenne*, on peut constater l'extrême complexité du processus d'harmonisation des systèmes de droit pénal national. Qu'il s'agisse de l'appel au droit pénal interne ou de la neutralisation de

(69) Rappelons que le Traité d'Amsterdam a complété l'article 209 A, en le remplaçant par le texte suivant :

1. « La Communauté et les Etats membres combattent la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les Etats membres.

2. » Les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.

3. » Sans préjudice d'autres dispositions du présent traité, les Etats membres coordonnent leur action visant à protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude. A cette fin, ils organisent, avec la Commission, une collaboration étroite et régulière entre les autorités compétentes.

4. » Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189 B, arrête, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres. Ces mesures ne concernant ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les Etats membres ».

(70) Voir « Etude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté : rapports nationaux 1992, rapports de synthèse 1993, rapport final Incompatibilités entre systèmes juridiques et mesures d'harmonisation », in *Séminaires sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruxelles, nov. 1993, Oak Tree Press, Dublin, 1994, pp. 59-132. Voir aussi *Quelle politique pénale pour l'Europe ?* (dir. M. DELMAS-MARTY), Economica, 1992 ; « Perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne », V<sup>e</sup> Journées gréco-latines de défense sociale, Thessalonique, oct. 1995 (dir. C. VOYIOUCAS), 1996.

(71) Voir l'analyse comparée des rapports des Etats membres relatifs aux mesures prises au niveau national pour lutter contre le gaspillage et le détournement des moyens communautaires. Rapport sur l'application de l'article 209-A du Traité sur l'Union européenne, nov. 1995.

celui-ci, ce processus se développe, sinon de façon totalement anarchique, du moins à partir de principes différents (primauté du droit communautaire et effet direct, mais aussi, selon les cas, proportionnalité, libre circulation, non discrimination, libre concurrence ou encore coopération loyale), selon des techniques diverses (tantôt la norme interne est écartée par le juge national, tantôt la norme communautaire est intégrée à la norme nationale, tantôt les intérêts communautaires sont assimilés aux intérêts nationaux) ; enfin dans des domaines qui varient selon qu'on privilégie les grandes catégories du Traité CE (marchandises, services, capitaux), la discipline juridique concernée (droit de l'agriculture et de la pêche, droit de la bourse, de la concurrence et des prix, droit des sociétés, droit des transports, droit du travail...), ou les intérêts protégés (budget de l'UE). Cette complexité (résumée par un tableau récapitulatif en annexe, p. 652) rend presque impossible, pour les juristes et *a fortiori* pour les non-juristes, l'accès à cette branche de plus en plus importante du droit pénal.

A cet égard le projet de CP italien de 1995, proposant de rassembler « le domaine des sanctions introduites lors de la transposition du droit communautaire dans un texte unique qui resterait, en toute circonstance, séparé du code pénal » (72) paraît constituer un véritable progrès. Le premier objectif, selon M. Bernardi (73), « est sans aucun doute d'éviter que les normes du code ne voient leur stabilité compromise par les mutations du droit communautaire et des normes de transposition qui prévoient des sanctions ». Mais l'auteur ajoute qu'il s'agit aussi d'un objectif beaucoup plus ambitieux : « la création d'un régime répressif uniforme, c'est-à-dire exempt des aspects nationaux et 'autarciques' caractérisant, jusqu'ici, tous les systèmes pénaux des Etats membres et surtout leurs codes. Il pourrait également consister, et ce serait encore mieux, dans l'élaboration d'un système pénal supraétatique relatif seulement à certains secteurs du droit ».

C'est passer, très précisément, du droit pénal dans l'Union européenne à l'idée d'un droit pénal de l'Union européenne.

## II. — LE DROIT PÉNAL DE L'UNION EUROPÉENNE : VERS L'UNIFICATION ?

Il n'y a pas antagonisme mais complémentarité entre les deux processus. Complémentarité, d'abord, en ce sens que l'harmonisation est

(72) Cf. « Relazione al disegno di legge d'iniziativa dei senatori Riz e altri », communiquée à la Présidence le 2 août 1995 (*Atti parlamentari - Senato della Repubblica*, XII legislatura, n° 2038, 50).

(73) BERNARDI, *RDPC*, 1997, précité, p. 456.

souvent un préalable qui rend possible l'unification, étant observé qu'en Europe, l'harmonisation qui se réalise sous l'influence du droit communautaire se combine elle-même avec celle qui résulte de la CESDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dès lors que les quinze Etats membres de l'UE ont tous ratifié la CESDH et le recours individuel permettant la saisine de la Cour de Strasbourg. Si le droit communautaire influence surtout, comme on l'a vu, le droit pénal général (sanctions) et spécial (incriminations), en revanche la CESDH concerne aussi, très largement, la procédure pénale.

Mais la complémentarité entre harmonisation et unification n'est pas seulement successive, elle peut être instantanée, dans la mesure où il n'est sans doute pas nécessaire d'unifier le droit pénal, et le cas échéant la procédure, dans tous les domaines actuellement concernés par le processus d'harmonisation. Le principe de subsidiarité invite d'ailleurs à ne proposer l'unification que là où elle paraît nécessaire pour assurer le respect des objectifs communautaires. A vrai dire, on pourrait penser qu'elle est nécessaire partout, car le principal défaut du processus d'harmonisation (quand il s'agit de l'intégration de la norme communautaire aux normes nationales et surtout de l'assimilation des intérêts communautaires aux intérêts nationaux) est d'aboutir à une Europe pénale à géographie variable, au risque d'inciter les opérateurs économiques à exploiter ces différences par une utilisation habile des particularismes juridiques nationaux (*jurisdiction shopping*). Toutefois, si ce défaut est sans doute commun à tous les domaines concernés par le droit pénal, c'est quand il s'agit de protéger le budget de l'Union européenne qu'il est le plus difficile à combattre par une simple amélioration de la coopération judiciaire et policière internationale. Cette difficulté tient à la fois à l'importance des facteurs criminogènes (notamment le montant du profit que les délinquants peuvent attendre de ce type de fraudes, qu'il s'agisse des recettes ou des dépenses de l'UE), et à celle des obstacles à la répression d'une criminalité dont on a rappelé qu'elle présentait un « degré d'organisation important », ainsi qu'un caractère souvent occulte et largement international. Aussi paraît-il souhaitable, au stade actuel de la construction européenne, de réserver le processus d'unification pénale au seul domaine des atteintes aux intérêts vitaux pour l'Europe que sont les intérêts financiers de l'UE. C'est dire que l'unification aurait vocation à se substituer à l'harmonisation dans ce domaine, mais qu'elle se combinerait avec l'harmonisation, maintenue dans les autres domaines.

Ainsi circonscrit, le processus d'unification peut être engagé de plusieurs façons. D'une part, les fraudes au budget communautaire



« question d'intérêt commun » au sens de l'ancien article K.1 du titre VI du Traité UE (3<sup>e</sup> pilier) sont expressément visées dans l'énumération du nouvel article K.1 issu du Traité d'Amsterdam. Dans cette perspective, une certaine unification des définitions peut être proposée, afin d'améliorer la « coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures » (selon l'intitulé même du titre VI), par la voie d'une convention interétatique. Tel est le choix qui sous-tend la Convention pour la protection des intérêts financiers des Communautés dite « Convention PIF », adoptée le 26 juillet 1995, complétée par les deux protocoles additionnels du 27 septembre 1996 et du 19 juin 1997.

Mais il est à noter qu'à la différence d'autres formes de fraude internationale, les fraudes au budget de l'UE portent atteinte à un intérêt essentiel de la Communauté, supranational par nature. Il est donc possible, et selon nous nécessaire, d'envisager, d'autre part, une démarche plus spécifique située, dans le prolongement du principe de bonne gestion financière (art. 205 Traité CE), dans le cadre du 1<sup>er</sup> pilier, l'objectif étant d'assurer à la fois la sécurité juridique et l'égalité entre les opérateurs économiques par l'unification de la protection pénale du budget.

C'est dans cette seconde perspective que s'inscrit la proposition d'un texte à vocation supraétatique, parce qu'il serait d'applicabilité directe sur le territoire de tous les Etats membres de l'UE, intitulé « *Corpus juris* pour la protection des intérêts financiers de l'UE », présenté par le Parlement européen et la Commission lors d'auditions publiques tenues à Bruxelles les 15 et 16 avril 1997 (74).

Les développements qui suivent seront donc consacrés respectivement à la *Convention PIF* (A), puis au *Corpus juris* (B).

#### A. — LA CONVENTION PIF

Rappelons d'emblée que cette Convention, signée le 26 juillet 1995, mais non encore entrée en vigueur, a été adoptée sur le fondement du 3<sup>e</sup> pilier (art. K.3, § 2, c. T. VI Traité UE). Elle se situe donc dans le cadre de la coopération interétatique et se distingue à cet égard du

(74) Voir *Europe*, n° 6958. Le texte du *Corpus juris* a été publié en version bilingue (français/anglais), *Economica*, 1997. Il est en cours de traduction dans les autres langues de l'UE. Ce texte est issu du rapport M. DELMAS-MARTY synthétisant les propositions d'un groupe d'experts composé des professeurs Enrique BACIGALUPO (Madrid), Mireille DELMAS-MARTY (Paris), Giovanni GRASSO (Catane), Nils JAKOBORG (Uppsala), John R. SPENCER (Cambridge), Dionysios SPINELLIS (Athènes), Klaus TIEDEMANN (Freiburg im Brisgau) et Christine VAN DEN WYN-GAERT (Anvers).

règlement n° 2988/95, du 18 décembre 1995, qui, fondé sur le 1<sup>er</sup> pilier (art. 235 Traité CE), met en place un « cadre juridique commun à tous les domaines couverts par les politiques communautaires », mais en se limitant aux mesures et sanctions administratives dont la finalité propre « laisse entière l'appréciation par les autorités compétentes des Etats membres, sur le plan du droit pénal, du comportement des opérateurs économiques concernés ». Encore faut-il décrire brièvement le contenu de la Convention PIF afin d'évaluer ses limites.

### 1. — *Contenu*

A la différence du règlement, clairement situé hors du champ pénal, la Convention PIF, bien que fondée sur le 3<sup>e</sup> pilier, se donne pour objectif d'engager les Etats signataires non seulement dans la voie d'une coordination renforcée (en matière de répartition des compétences, d'extradition et de coopération mutuelle), mais encore dans celle de l'unification des définitions pénales, le préambule rappelant la conviction des Etats membres « que la protection des intérêts financiers des Communautés européennes exige que tout comportement frauduleux portant atteinte aux intérêts en question donne lieu à des poursuites pénales et que, à cette fin, une définition commune soit adoptée » (souligné par nous).

En pratique, on distingue cependant différents degrés allant de l'unification, pour la définition des infractions (art. 1<sup>er</sup> précisant à la fois l'élément matériel et l'élément moral de la fraude, dont le caractère intentionnel est expressément exigé et protocoles additionnels définissant la corruption de fonctionnaires et le blanchiment), à une harmonisation, elle-même variable, pour les sanctions et l'attribution de la responsabilité. Quant aux sanctions, l'article 2 réserve en effet une marge d'appréciation aux Etats membres en posant que chacun « prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés à l'article 1<sup>er</sup>, ainsi que la complicité, l'instigation ou la tentative relatives aux comportements visés à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1, sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas de fraude grave, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition, étant entendu que doit être considérée comme fraude grave toute fraude portant sur un montant minimal à fixer dans chaque Etat membre. Ce montant minimal ne peut pas être fixé à plus de 50.000 écus » (art. 2, § 1). Et l'article 2, § 2 élargit encore la marge d'appréciation des Etats en précisant que « toutefois un Etat membre peut prévoir, pour les cas de fraude mineure portant sur un montant total inférieur à 4.000 écus et ne présentant pas de circonstances particulières de gravité selon sa légis-

lation, des sanctions d'une autre nature que celles prévues au paragraphe 1 ».

En ce qui concerne l'attribution de la responsabilité (art. 3), on peut même parler d'harmonisation en trompe l'oeil, car sous le titre « responsabilité pénale des chefs d'entreprise », la Convention prévoit que « chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour permettre que les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise puissent être déclarés pénalement responsables selon les principes définis par son droit interne [c'est nous qui soulignons] d'actes frauduleux commis au préjudice des intérêts financiers des Communautés européennes, tels que visés à l'article 1<sup>er</sup>, par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise ».

A titre complémentaire, le second protocole additionnel (art. 3 et 4), prévoit plus précisément la responsabilité pénale des personnes morales mais ne modifie pas le texte sur la responsabilité du chef d'entreprise. On peut dire qu'en l'état actuel, l'unification se limite, du point de vue du droit pénal de fond, à quelques définitions communes (infractions, responsabilité des personnes morales). Toutefois ces définitions n'ont pas d'applicabilité directe et la Convention précise que « chaque Etat membre prend les mesures nécessaires et appropriées pour transposer en droit pénal interne les dispositions du paragraphe 1 de telle sorte que les comportements qu'elles visent soient érigés en infractions pénales ». On retrouve donc ici la technique décrite plus haut d'intégration de la norme communautaire par sa transposition en droit interne, technique dont on a vu qu'elle présentait l'avantage de ménager la souveraineté du législateur national, mais aussi l'inconvénient d'alourdir le processus d'élaboration des normes. Quant aux dispositions qui se limitent à harmoniser les sanctions, la technique d'intégration au droit interne n'est pas indiquée, peut-être parce que leur contenu reste lui-même très vague. On peut toutefois penser que leur intégration serait assurée, le cas échéant, par le même processus de transposition en droit interne. Reste à évaluer les limites du texte.

## 2. *Limites*

Outre la timidité des dispositions de droit pénal exposées ci-dessus, on pourrait craindre une certaine inefficacité pour deux raisons. D'une part, la CJCE, dont on a vu le rôle moteur s'agissant de l'harmonisation des droits nationaux, n'aurait qu'une compétence très affaiblie. Il faut rappeler que le titre VI du Traité UE indiquait seulement à l'origine que les conventions de l'article K.3 « peuvent prévoir que la Cour

de justice est compétente pour interpréter leurs dispositions et pour statuer sur tout différend concernant leur application, selon les modalités qu'elles peuvent préciser » (art. K.3, § 2, *in fine*). Or la Convention PIF se borne à prévoir, en cas de différend entre Etats membres sur l'interprétation ou l'application de la convention, un examen par le Conseil. C'est seulement « à l'expiration d'un délai de six mois, si une solution n'a pu être trouvée » que la Cour de justice des Communautés européennes « peut être saisie par une partie au différend » (art. 8, § 2 Conv. PIF). De même (art. 8, § 3) « tout différend relatif aux articles 1<sup>er</sup> ou 10 de la présente convention entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission des Communautés européennes qui n'a pu être réglé par voie de négociation peut être soumis à la Cour de justice ». Toutefois le nouvel article K.7 Traité UE, dans la rédaction issue du Traité d'Amsterdam, prévoit une compétence de la Cour soumise à déclaration des Etats (art. K.7, § 2) en ce qui concerne l'interprétation des conventions établies à partir du titre VI, ainsi que le validité et l'interprétation de leurs mesures d'application.

Un second risque d'inefficacité tiendrait au fait que les questions de procédure et de preuve échappent très largement à la Convention PIF, alors que l'extrême diversité des systèmes procéduraux nationaux aboutit souvent à paralyser la coopération pénale. Dès 1996, la Commission européenne soulignait les inconvénients d'une telle diversité et montrait la nécessité de mesures permettant, notamment, une « reconnaissance mutuelle de l'habilitation judiciaire des agents enquêteurs » (qui sont, selon les systèmes, tantôt la police, tantôt le ministère public, tantôt le juge d'instruction) ; également une « coordination des investigations pour éviter les doubles emplois, traiter et recouper les renseignements dans le cadre d'une stratégie d'ensemble » ; ou encore un « réaménagement dans l'admission des preuves assurant l'assimilation entre modes de preuves » (75). De leur côté, des magistrats de plusieurs pays européens, soulignant l'impunité « aujourd'hui quasi-assurée aux fraudeurs », ont lancé en octobre 1996 « L'appel de Genève », par lequel ils demandent aussi des améliorations procédurales tendant à instaurer « un véritable espace judiciaire européen au sein duquel les magistrats pourront, sans entraves autres que celles de l'Etat de droit, rechercher et échanger les informations utiles aux enquêtes en cours » (76). A cet égard, le second protocole additionnel apporte quelques améliorations, comme un renforcement de la coopération avec la Commission des Communautés européennes (art. 7),

(75) Commission européenne, Groupe droit pénal et droit communautaire, note de séances précitée, Conseil JAI, 29 févr.-1<sup>er</sup> mars 1996.

(76) Denis ROBERT, *La justice ou le chaos*, Stock, 1996, pp. 331 et s.

également inscrit dans le Traité d'Amsterdam (art. 209 A, § 3 Traité CE, voir ci-dessus note 69), mais c'est encore insuffisant.

Confrontée au constat de la Commission et à l'appel des magistrats, la Convention PIF n'est qu'un premier pas bien timide, face à une criminalité en progression constante. D'où la proposition, plus ambiguë, mais aussi plus réaliste, d'un *Corpus juris* unifiant plus largement le droit pénal et même, pour partie, la procédure, en la matière.

## B. — LE *CORPUS JURIS*

Le point de départ est la critique des voies déjà explorées pour renforcer la protection du budget de l'Union européenne : « *l'assimilation* ne garantit ni l'efficacité, ni la justice qui supposerait une répression égale pour tous les opérateurs économiques ; *la coopération*, conçue pour accroître l'efficacité, augmente inéluctablement la complexité ; enfin *l'harmonisation*, destinée à renforcer justice et efficacité, contribue à la complexité de l'ensemble » (77).

Ainsi le risque de la politique pénale européenne actuelle est double d'une part « l'enlèvement politique d'un processus qui, de protocoles additionnels en conventions signées mais non ratifiées, consiste à dresser un mur de papier face à une criminalité bien réelle et en pleine expansion qui se chiffre en milliards d'écus » ; d'autre part, « le rejet, par les juristes eux-mêmes, de cette complexité normative croissante tenant à l'enchevêtrement de normes nationales, plus ou moins harmonisées mais jamais identiques, et de pratiques de coopération à géographie et à contenu variable. Les cabinets d'avocats peuvent y trouver un surcroît d'activité, mais il n'est pas sûr que la qualité du droit s'en trouve améliorée » (78).

D'où l'idée qu'une rupture avec les choix antérieurs est à la fois possible, en raison d'un fort consensus en faveur de la répression pénale des fraudes au budget, et nécessaire, car la seule voie qui puisse conjuguer les trois vertus — justice, simplicité et efficacité — est la voie de l'unification.

Cela dit, le texte, élaboré par un groupe d'expert (79) à la demande de la Commission européenne (direction générale du contrôle financier) et du Parlement européen, n'a l'ambition ni d'un code pénal, ni d'un code de procédure pénale européen totalement unifié et directe-

(77) *Corpus juris*, précité, Economica, 1997, p. 41. Adde F. DE ANGELIS et R. SICURELLA, « Vers un espace judiciaire européen ? Un *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *Rev. Marché unique européen*, 1997, 121.

(78) *Ibid.*, p. 39.

(79) Sur la composition du groupe, voir ci-dessus, note 74.

ment applicable, en tous domaines, par des juridictions européennes créées à cet effet. Il s'agit d'un ensemble de règles pénales, qui constituent en effet une sorte de *corpus juris*, relatif à la seule protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne, mais créant un espace judiciaire européen largement unifié. Sans prétendre tout régler dans les plus grands détails, ce *corpus* comporte trente-cinq règles regroupées autour de sept principes qui indiquent la philosophie générale. L'énoncé de chaque règle est suivi d'un bref commentaire exposant la motivation des choix du groupe d'experts.

Certes, un tel projet soulève la question de la base légale. Car le problème actuel de l'Union européenne, souligné par des nombreux auteurs, est celui du « déficit démocratique ». En effet les textes, même ceux qui ont une influence sur le droit pénal interne, sont issus soit des traités (donc du pouvoir exécutif des Etats), soit du droit dérivé (donc du pouvoir exécutif de la Communauté européenne). Il sera donc nécessaire de reconnaître au Parlement européen compétence législative, dans le prolongement de son pouvoir de codécision en matière budgétaire (art. 203 Traité CE, modifié Traité UE), et d'accorder un pouvoir d'interprétation à la CJCE (voir ci-dessous, p. 649).

Quant au contenu, il faut distinguer, plus précisément, entre le droit pénal, largement unifié dans le domaine circonscrit à la protection du budget de l'UE, et la procédure, unifiée seulement de façon partielle.

### 1. — *En droit pénal*

L'unification du droit pénal, général et spécial, relatif aux fraudes contre le budget de l'UE s'ordonne autour des trois principes directeurs de la légalité des délits et des peines, de la culpabilité comme fondement de la responsabilité pénale et de la proportionnalité des peines à la gravité de l'infraction.

En premier lieu, le *Corpus* propose, en application du *principe de légalité*, la définition d'infractions unifiées (art. 1 à 8 visant la fraude au budget communautaire, la fraude en matière de passation de marchés, la corruption, l'abus de fonction, la malversation, la révélation des secrets de fonction, le blanchiment et le recel et l'association de malfaiteurs) et indique les peines applicables à titre principal (privation de liberté au maximum de 5 ans pour les personnes physiques et mise sous surveillance judiciaire au maximum de 5 ans pour les personnes morales, amende, confiscation, publication de la décision de condamnation) et à titre complémentaire pour certains délits (exclusion de subventions ou de marchés, interdiction de la fonction publique communautaire et nationale).

En second lieu, le *Corpus* dégage du principe de culpabilité, fondement de la responsabilité pénale, plusieurs règles relatives à l'élément moral (art. 10), l'erreur (art. 11), la responsabilité pénale individuelle (art. 12), la responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 13), et la responsabilité pénale des groupements (art. 14).

Enfin, en application du principe de proportionnalité des peines sont définies les règles relatives à la mesure de la peine (art. 15), aux circonstances aggravantes (art. 16), ainsi qu'aux peines encourues en cas de cumul d'infractions (art. 17) ; étant précisé (cf. *infra*, p. 649) que la juridiction de jugement serait tenue de motiver la peine (art. 26, § 3).

On notera que le principe *non bis in idem*, inscrit dans la CESDH (art. 4, Protocole additionnel n° 7), a inspiré les dispositions de l'article 17-2 : « Lorsqu'un même fait constitue une infraction pénale selon la réglementation communautaire et selon la réglementation nationale, seule la première doit être appliquée ». Quant aux « autres cas de conflit », y compris l'éventuel conflit entre sanctions pénales et administratives, le *Corpus*, s'inspirant de la jurisprudence de la CJCE (80), se contente d'affirmer, dans le prolongement du principe de proportionnalité, que « l'Autorité compétente doit tenir compte, dans la détermination de la sanction, des sanctions déjà infligées pour le même fait ». On peut néanmoins se demander si le principe *non bis in idem* ne devrait pas être expressément étendu au cas de conflit entre sanctions pénales et administratives, en application de la jurisprudence de la CEDH (81).

Le contenu de ces règles de droit pénal substantiel est maintenant soumis à un large débat, notamment au sein des quinze Associations de recherches pénales créées depuis 1989 dans le cadre de la Communauté puis de l'Union européenne, ce qui devrait permettre de préciser les points d'accord et les zones de résistance et, le cas échéant, de faire les ajustements nécessaires, étant rappelé que les règles proposées obéissent à des principes qui sont déjà inscrits dans la tradition juridique européenne commune, telle qu'elle s'est construite au cours de l'histoire et telle que la consacrent désormais les principes fondamentaux du droit communautaire, dégagés par la CJCE, et inscrits dans la CESDH. Toutefois, s'agissant de règles techniques précises, il fallait tenir compte des diversités nationales que diverses études comparatives, menées sous l'égide de la Commission et du Parlement, avaient permis de faire apparaître, soulignant, selon les cas, des convergences, divergences ou lacunes. Le rapport est explicite sur ce point : « si des

(80) Arrêt *Walt Wilhem*, CJCE, 13 février 1969, aff. 14/68, *Rec.*, p. 165.

(81) Arrêt *Gradinger c/Autriche*, CEDH, 23 oct. 1995, série A, 328-C.

convergences existent parfois d'un système national à l'autre, permettant de définir un droit commun de *confluence*, il reste dans bien des cas des divergences que seul un droit commun de *synthèse* permet de dépasser. Enfin, les lacunes, fréquentes dans un domaine relativement neuf en ce qu'il concerne la protection d'intérêts supranationaux, amènent à l'élaboration d'un droit commun *supplétif*». Il est clair que l'objectif le plus difficile à atteindre est celui d'un droit commun de synthèse, lorsque celle-ci doit être recherchée à travers de fortes divergences. En droit pénal, celles-ci se situent, pour l'essentiel, dans le domaine de la responsabilité pénale, et, plus particulièrement de la responsabilité pénale des groupements qui suscite des réticences dans certains pays comme l'Allemagne, l'Italie, la Grèce ou le Luxembourg (82). Mais c'est surtout en procédure que la traditionnelle opposition entre le modèle britannique, de type accusatoire, et le modèle continental, de tradition inquisitoire, paraît faire obstacle à toute tentative de rapprochement (83), alors que celui-ci, comme on l'a vu ci-dessus, conditionne l'efficacité de la répression. Pourtant une synthèse a été proposée.

## 2. — *En procédure*

L'objectif avait été clairement posé par la Commission, à l'initiative de Francesco de Angelis (direction du contrôle financier) et par le Parlement européen, à l'initiative de Diemut Theato (présidente de la Commission de contrôle du budget) et de Rinaldo Bontempi (vice-président de la Commission des libertés publiques), avec le concours actif de l'UCLAF et de son directeur Per Brix Kundsén, comme la construction d'un espace judiciaire européen unique pour la protection du budget de l'Union, les institutions européennes rejoignant ainsi l'appel lancé à Genève par des magistrats européens. Ce qui montre, si besoin en est, qu'il s'agit bien de résoudre des problèmes concrets, et non d'une nouvelle invention de bureaucrates et d'experts éloignés de la réalité.

Pour réaliser cet objectif, les règles de procédure sont regroupées autour de trois principes directeurs.

(82) Voir le Séminaire organisé par l'ARPE, « La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? », RSC, 1997, pp. 251 à 369 ; en particulier rapport introductif K. TIEDEMANN et rapport de synthèse M.-Ch. PINIOT.

(83) Pour une étude comparée de quelques grands systèmes (Allemagne, Angleterre, Belgique, France, Italie), voir « Procédures pénales d'Europe », dir. M. DELMAS-MARTY, PUF, 1995, coll. *Thémis*.



En premier lieu, est affirmé le principe de territorialité européenne dont la mise en œuvre suppose la création d'un ministère public européen, largement décentralisé, mais doté de pouvoirs identiques dans les quinze pays de l'Union (84).

En second lieu, il est proposé de donner au principe de garantie judiciaire (reconnu dans les quinze Etats membres de l'Union, mais appliqué selon des modalités qui varient de l'un à l'autre), une signification commune à partir de précisions concernant le rôle du juge national aux différentes phases du procès et la place de la CJCE.

En troisième lieu, il paraît nécessaire de dépasser le vieux clivage entre procédure inquisitoire et accusatoire, au profit d'un principe véritablement européen, celui du procès contradictoire qui commande la détermination des droits reconnus à l'accusé et à la partie civile, ainsi que l'aménagement des règles de preuve.

Enfin, on citera seulement pour mémoire un dernier principe, d'application subsidiaire du droit national, qui complète l'ensemble (art. 35).

a) *Quant au principe de territorialité européenne* (art. 18 à 24), il faut rappeler que c'est à la phase de l'enquête et de la poursuite, phase préparatoire au jugement, que les disparités d'un système à l'autre sont apparues les plus fortes. Le paradoxe étant que c'est précisément à cette phase que les recommandations d'harmonisation ont été le moins suivies et que la coopération et l'assimilation rencontrent le plus d'obstacles.

C'est pour unifier cette phase préparatoire que le *Corpus juris* propose la création d'un ministère public européen (MPE), chargé de diriger les investigations et d'assurer ensuite le suivi de la procédure : en décidant du non lieu ou du renvoi en jugement, en exerçant l'action publique devant la juridiction de jugement et en veillant à l'exécution des condamnations.

Clé de voûte de tout le système, ce MPE est défini par un ensemble de règles (85) qui précisent son statut et sa composition (art. 18), les conditions de sa saisine (art. 19) et ses pouvoirs (art. 20).

Par son statut, le MPE est indépendant, tant à l'égard des autorités nationales que des organes communautaires. Et la composition du

(84) Création reprenant la proposition de Klaus HÄNSCH, président du Parlement européen, lors de la Conférence interparlementaire de Bruxelles, avril 1996.

(85) Sur l'articulation avec le droit interne, voir M. DELMAS-MARTY, entretien réalisé par Alain Vogelweith, in *Justice* (Syndicat de la magistrature), n° 153, juillet 1997, pp. 3 à 9 ; comp. rapport Fauchon, *J.O.*, Sénat, pp. 3003 et s. (séance, 23 oct. 1997).

MPE a été conçue de manière à ne pas aboutir à instituer un nouvel organe bureaucratique, centralisé, coûteux financièrement et risquant d'être peu performant, par sa lourdeur même, du point de vue fonctionnel. C'est pourquoi il est proposé une structure centrale extrêmement légère, limitée au Procureur général européen (P.G.E.) et à ses services. Dans la plupart des cas, l'essentiel des activités reposeront sur les procureurs européens délégués (P.E.D.), qualifiés de « procureurs itinérants », dont l'efficacité est garantie par les principes d'indivisibilité et de solidarité (art. 18, § 4) et par l'obligation d'assistance imposée aux M.P.N. (art. 18, § 5). Les P.E.D. sont choisis par chaque Etat parmi les procureurs nationaux, à raison d'un ou plusieurs selon les besoins, désignés pour 5 ans, renouvelables une fois, et rémunérés par l'Etat d'origine.

En ce qui concerne la saisine (art. 19, § 1 à 3), il est indispensable que le M.P.E. puisse se saisir d'office (notamment au cas où il est informé par les organes communautaires sans être saisi par les autorités nationales) et cela même après un classement décidé, le cas échéant, par les autorités nationales.

En principe le MPE est tenu de poursuivre tous les faits constitutifs d'infractions définis par le Corpus (art. 19 imposant la légalité des poursuites). Toutefois, pour éviter une trop grande rigidité du système, trois assouplissements sont prévus, à certaines conditions énumérées au texte : le transfert des poursuites aux autorités nationales (art. 19, § 4), le classement sans suite (art. 19, § 4, b), la transaction (art. 19, § 4, c et art. 22, § 2, b).

Enfin, les pouvoirs du MPE sont répartis entre pouvoirs propres du PGE et pouvoirs qu'il peut déléguer aux P.E.D., c'est-à-dire, pour l'essentiel, les pouvoirs liés à l'enquête (voir art. 20, § 3), notamment le pouvoir de demander le placement de l'accusé en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, le juge pouvant alors décerner un « mandat d'arrêt européen » (art. 24, § 1, b). Cet ensemble de pouvoirs est, en effet, placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire, nettement affirmé par le second principe.

b) *Quant au principe de garantie judiciaire* (art. 24 à 28), il s'agit d'un principe conforme à la tradition constitutionnelle, écrite ou non écrite, de tous les Etats membres, d'ailleurs imposé maintenant par la CESDH, ainsi qu'à titre de principe général du droit communautaire. Il s'applique tout au long de la procédure.

A la phase préparatoire, la garantie judiciaire est assurée par un « juge des libertés » (art. 25) qui exerce deux fonctions essentielles : autoriser (et, en cas d'urgence, contrôler) toute mesure restrictive ou privative des droits et libertés (telle que le placement en détention pro-

visoire ou sous contrôle judiciaire, évoqué ci-dessus, admis sous la double condition de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, ou encore les perquisitions ou les écoutes téléphoniques) ; puis, à la fin de la phase préparatoire, si le MPE décide de renvoyer l'affaire en jugement, vérifier la régularité de toute la procédure, exclure le cas échéant certaines preuves obtenues en violation des règles posées par le *Corpus* (art. 32) et *saisir* la juridiction de renvoi selon les indications du *Corpus* (art. 26).

A la phase de jugement, le *Corpus* attribue compétence aux juridictions nationales, obligatoirement composées de juges professionnels, si possible spécialisés en matière économique et financière, et tenus de motiver le choix de la peine (art. 26). De même les voies de recours ordinaires sont exercées auprès de juridictions nationales, selon les règles indiquées (art. 27).

Enfin un recours spécifique, inspiré du second protocole additionnel à la Convention PIF (voir ci-dessus), est organisé auprès de la CJCE. Selon l'article 28, la compétence de la Cour correspond à trois objectifs : assurer l'unité d'interprétation du *Corpus* par l'organisation d'un recours préjudiciel (art. 28, § 1, a) qui s'exercerait dans les conditions prévues par l'article 177 du Traité CE (art. 28, § 2 et 3) ; résoudre les différends éventuels, entre Etats, ou entre un Etat et la Commission, concernant l'application du *Corpus* (par exemple si un Etat refusait de désigner le P.E.D. ou les juridictions nationales compétentes, pour appliquer le *Corpus*) ; régler les conflits de compétence qui pourraient surgir soit entre institutions européennes et nationales concernant le ministère public, soit entre juridictions nationales concernant la garantie judiciaire. Ici encore, le recours devrait s'exercer dans les conditions prévues par l'article 177 du Traité CE (art. 28, § 2 et 3).

En revanche, la possibilité d'attribuer à la CJCE la fonction de Cour de cassation européenne pouvant intervenir, sur la demande de l'une des parties, après épuisement des voies de recours internes, envisagée par le groupe d'experts, a été finalement écartée, en raison du risque de prolonger ainsi les délais de procédure et de mettre en cause l'équilibre actuel entre les juridictions nationales et la CJCE.

c) *Quant au principe du procès contradictoire*, la notion d'espace judiciaire européen unique suppose le dépassement de la vieille opposition, quasi théologique, entre procédure inquisitoire et accusatoire. Largement préparée par la Convention européenne des droits de l'homme et par la jurisprudence des deux cours européennes, une synthèse est proposée, non pas comme un compromis renonçant aux points forts de chaque modèle, mais comme un progrès réalisé par rapport à chacun. L'idée sous-jacente est que les preuves seront d'au-

tant plus solides qu'elles auront été soumises à un tel débat. Rappelons qu'il n'est assuré que de façon très partielle dans la procédure inquisitoire et que, dans la procédure accusatoire, il n'apparaît que très tardivement, en pratique seulement à la phase de jugement. En ce sens, les dispositions proposées constitueraient donc partout un progrès quant à la qualité du procès.

Plus précisément, le principe de procès contradictoire suppose d'abord que soient clairement reconnus non seulement les droits de l'accusé (art. 29), mais encore ceux de la victime, en l'espèce la Commission, à se constituer partie civile (art. 30) ; encore faut-il que soient posées des règles communes sur la charge de la preuve (art. 31), les preuves admises (art. 32 prévoyant notamment la création d'un procès-verbal européen d'audition pour les témoins, art. 32 § 1, a, et d'interrogatoire pour l'accusé, art. 32, § 1, b, valant preuve dans les quinze Etats membres), et l'exclusion de certaines preuves (art. 33) ; enfin doit être précisé l'équilibre, aux différentes phases du procès, entre publicité et secret (art. 34).

En définitive, il résulte de ce qui précède qu'en procédure pénale, le *Corpus juris* combine l'unification (création du MPE et d'institutions comme le mandat d'arrêt européen ou le procès-verbal européen) et l'harmonisation, c'est-à-dire le simple rapprochement des pratiques nationales qui restent différentes. Ainsi les fonctions du « juge des libertés » seraient sans doute remplies par un juge d'instruction en France ou en Espagne, par le G.I.P. en Italie, le juge de l'instruction en Allemagne, le *Justice of the peace* en Angleterre,... De même pour les juridictions de jugement qui garderont leur diversité actuelle, dans la mesure où celle-ci ne paraît pas un obstacle à l'efficacité du procès pénal. A titre d'exemple, au Royaume-Uni, où l'unification politique de l'Angleterre et l'Ecosse date de 1707, la composition des tribunaux est encore différente d'un côté de l'ancienne frontière à l'autre. De la même manière, à défaut de créer de véritables juridictions pénales européennes, la notion d'espace judiciaire européen unique conduit à reconnaître compétence de jugement aux juridictions pénales nationales. Etant rappelé cependant que leur composition et leur statut doivent respecter les principes d'indépendance et d'impartialité posés par la CESDH (art. 6) ; que la notion de procès équitable, telle qu'elle est imposée désormais par l'article 6, paragraphes 1 à 3 de la CESDH, tend au rapprochement des pratiques ; que le *Corpus* ajoute l'obligation de juges professionnels (art. 26 précité) et qu'il prévoit un certain rapprochement des voies de recours (art. 27) destiné à éviter de trop

grands écarts, tels qu'on les observe actuellement entre leur sous-emploi en Angleterre et leur sur-emploi en Italie (86).

\*  
\*   \*

C'est dire que, même dans un domaine aussi circonscrit que celui des fraudes au budget de l'Union européenne, l'unification, qui suppose l'adoption de règles identiques, doit nécessairement se combiner avec le rapprochement qui conduit à l'harmonisation. *A fortiori*, quand il s'agit d'autres domaines. C'est pourquoi, malgré la complexité inévitable qui l'accompagne, il semble bien que la construction européenne, au stade actuel, emprunte simultanément les deux voies, celle de l'harmonisation, qui commande l'évolution du droit pénal dans l'Union européenne, et celle de l'unification qui conduit à instaurer un droit pénal de l'Union. Le tableau qui suit permet de prendre la mesure de cette complexité, qui préfigure peut-être, celle d'un droit commun à l'échelle planétaire (87).

### ABRÉVIATIONS

ARPE	Association de recherches pénales européennes
CD	Code des douanes
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPA	Code pénal allemand
CPF	Code pénal français
CPI	Code pénal italien
FEOGA	Fonds européen d'orientation et de garantie agricole
GIP	<i>Giudice per le indagini preliminari</i>
MPE	Ministère public européen
MPN	Ministère public national
PED	Procureur européen délégué
PGE	Procureur général européen
PIF	Protection des intérêts financiers

(86) Voir « Procédures pénales d'Europe », précité.

(87) Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*. Seuil, 1994 ; *Vers un droit commun de l'humanité*, entretien avec Ph. PETIT, Textuel, 196.

## ANNEXE

## Tableau récapitulatif

## LE DROIT PÉNAL DANS L'UE : L'HARMONISATION EN COURS

<i>Principe</i>	<i>Technique</i>	<i>Domaine</i>	<i>Effet</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Libre circulation</li> <li>- Proportionnalité</li> <li>- Non discrimination</li> <li>- Libre concurrence</li> </ul> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px auto; width: fit-content;"> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Primauté droit CE</li> <li>- Effet direct droit CE</li> </ul> </div>	Norme interne écartée par le juge national	Marchandises Services Capitaux	Neutralisation du droit pénal interne
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Coopération loyale</li> <li>- Non discrimination</li> <li>- Libre concurrence</li> </ul>	Intégration de la norme communautaire à la norme nationale	Droit de l'agriculture et de la pêche Droit de la bourse Droit de la concurrence et des prix Droit des sociétés Droit des transports Droit du travail	Appel au droit pénal interne
	Assimilation des intérêts communautaires aux intérêts nationaux	Budget UE	

## LE DROIT PÉNAL DANS L'UE : VERS L'UNIFICATION ?

<i>Principe</i>	<i>Technique</i>	<i>Domaine</i>	<i>Effet</i>
– Coopération sur questions d'intérêt commun (3 <sup>e</sup> pilier) ↑ – Egalité entre opérateurs économiques – Sécurité juridique ↓ – Bonne gestion financière (1 <sup>er</sup> pilier)	Intégration de la norme communautaire à la norme nationale	Budget UE	Appel au droit pénal interne (Convention PIF)
	Applicabilité directe de la norme communautaire	Budget UE	Elaboration d'un droit pénal communautaire ( <i>Corpus juris</i> )