

Le Corpus Juris: Un Chantier Ouvert dans la Construction du Droit Pénal Économique Européen

Mireille Delmas-Marty* and Stefano Manacorda**

English Summary

This article by Delmas-Marty and Manacorda reports on and provides analysis of another way in which the criminal law might respond to the challenges of globalization. The (national) laws dealing with economic crime are increasingly being criticized for their apparent lack of effectiveness and for the arbitrary distinctions being made concerning one and the same type of behaviour, depending on the national system. As it is contested domestically, the law on economic crime turns international and – in particular – European.

Since 1990, the process of globalization can be summarized as a combination of several factors: (a) the liberalization of the movement of factors of production, goods, services, capital, and people; (b) a technological revolution, particularly in transportation and communications; and in response (c) an unprecedented internationalization of the strategic behaviour of multi-national firms. In this new environment, the deficits of a purely national fight against (economic) crime are becoming all too apparent. Therefore, the ultimate question to be answered is, how should legal systems react to this challenge in order to be able to provide adequate protection to national, international, and transnational interests, without becoming tools at the service of ruthless economic or hegemonial interests?

The authors respond to this question by analysing whether regional integration, in the EU in particular, with its inter- or supra-nationalization of law and sovereignty, can provide some of the answers. Because of the great diversity of legal systems and solutions found in Europe, they consider the EU as a testing ground, a laboratory, for the development of a true 'common law', and ultimately for global solutions.

The primary stumbling blocks to overcome in the process of the harmonization of

* Professeur à l'Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Membre de l'Institut Universitaire de France.

** Chercheur à l'Unité Mixte de Recherche en Droit Comparé de l'Université de Paris.

criminal law on an international scale would seem to be (a) strongly entrenched national concepts and traditions; and (b) the principle of legality which requires the involvement of a true and legitimate legislature in the making of new law in this area. European integration has found a way of responding to the second stumbling block by setting certain minimum standards, the achievement of which is then the task of the national legislatures in the Member States. Where this is done by international agreements between the Member State governments rather than by EU Directives, it is commonly called the intergovernmental approach. Progress in regard to the first stumbling block has been marginal via this approach, however. Even as far as the setting of common goals and standards is concerned, the EU's or the Member State governments' – i.e. their executives' – competence to do so is not always evident and uncontested. This is why the area which has seen the most progress in this respect is the protection of the financial interests of the EU itself.

After presenting some estimates on the magnitude of the problem, namely the damage done by fraud and other economic crimes to the budget of the EU (some 10 per cent or some 8 to 9 billion euros), the authors go on to describe in some detail the intergovernmental approach to the problem, in particular the 1995 Convention on the Protection of the Financial Interests of the EU (OJ 1995 C 316, pp. 49–52). While this Convention sets certain common standards, it also leaves wide margins of discretion to the implementation in the Member States. Some of its provisions refer explicitly to solutions to be found via the application of (pre-existing) national procedures and principles and, therefore, illustrate how much – or how little – real harmonization, and thus progress regarding the first stumbling block, will be achieved by this Convention. Since the Convention itself will not become directly applicable and effective in the Member States and since the European Court of Justice will have no or almost no authority of providing teleological and thus dynamic interpretation and adjudication in this area, progress may well remain limited to the codification of a handful of definitions. Finally, the Convention does not even try to reach into the realm of prosecution, procedure, and proof. Given the extreme diversity of national rules in this realm, international co-operation has so far been slow and cumbersome, if not outright impossible. This problem is not addressed at all by the Convention.

It is precisely the shortcomings of the intergovernmental approach that are the driving force behind an alternative approach, namely the attempt to develop a uniform law on financial crime for the EU, which alone, it is argued, can simultaneously achieve the goals of justice, simplicity, and effectiveness. On the basis of a mandate given by the European Parliament and the Commission, a group of experts, including one of the authors, drafted a *corpus juris*, a common law on the combat of financial crime to the detriment of the budget of the EU. The resulting text does not claim to be a fully fledged criminal code or code on criminal procedure for Europe. However, it does go beyond the pure protection of financial interests in the material sense by outlining a uniform or common European area of law (*espace judiciaire européen*). The *corpus juris* thus consists of 35 norms, developed around seven guiding principles, each one accompanied by a brief commentary.

Amongst the primary questions as yet unresolved, is the legal basis for the adoption of this code. Opinion is divided in the legal community but those who argue that EU law as it stands does not provide sufficient legal basis are probably in the majority. However, with the entry into force of the Amsterdam Treaty on 1 May 1999 and with it the new Article 280, the problem might be overcome.

In material terms the *corpus juris* defines a series of criminal offences, ranging from fraud to the detriment of the EU budget to preparatory or ancillary crimes for such fraud, such as corruption of EU officials, misuse of power, release of confidential information, etc., as well as the laundering of the proceeds of this type of fraud. The penalties proposed in the code are up to five years of imprisonment and fines of up to one million euros or up to five times the proceeds of the crime for natural persons. The same fines can be applied to legal or moral persons, in addition to confiscation of their property and placement under public surveillance. Certain general principles of fault and responsibility are complementing the codification project. Last but not least, the *corpus juris* suggests a centralized system of investigation and prosecution to work hand in hand with national systems of adjudication and enforcement. Judgments of national courts would be automatically enforceable in all Member States.

In their summary, the authors highlight once again the progress to be made by the adoption of the *corpus juris* but do not fail to point out the continuing need for harmonization of national (criminal and procedural) law arising from the limited scope of the *corpus juris* and from the need to fill any lacunae in it. Unification and harmonization are seen as going hand in hand and complementing each other. First, however, the Council and the Member States have to accept these far-reaching ideas and initiate the procedures for casting them into binding EU legislation. Exciting times ahead.

A. Introduction: le Droit Pénal à l'Épreuve de la Globalisation

Le droit pénal économique semble faire à l'heure actuelle l'objet d'un véritable paradoxe: au moment même où il est assailli de critiques en droit interne, il fait son apparition au plan européen.

En droit interne, les appels à la dépenalisation, apparus à partir du moment où les délits économiques ont commencé à être dénoncés, notamment sous l'influence des médias, et réellement poursuivis, se multiplient. En réalité, seule une dépenalisation partielle, afin de mieux assurer l'application effective des dispositions pénales que l'on conserverait,¹ pourrait être envisagée, mais à une double condition: se fonder sur la définition de principes directeurs pour coordonner les choix entre les différents

¹ Delmas-Marty, 'Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle en droit des affaires' in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise* (Paris 1989) à p. 658s.

types de sanctions² et s'accompagner d'une extension explicite de la règle *non bis in idem* entre sanctions punitives de nature différente.³

D'ailleurs, toujours au plan interne, le développement des sanctions administratives en Europe continentale, et des *punitive damages* de nature civile au Royaume-Uni et aux Etats-Unis,⁴ pose en termes neufs une question qui est moins la place du droit pénal économique que la perte de spécificité du droit pénal lui-même par rapport à la concurrence croissante des autres systèmes de sanction.⁵

La seule innovation est l'apparition d'une responsabilité pénale des personnes morales: consacrée depuis longtemps au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, elle manifeste clairement une tendance à se répandre dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique et notamment en France où elle est l'oeuvre de la codification de 1992.

En réalité, cette dernière nouveauté est autant le résultat des contraintes européennes sur les législateurs pénaux des Etats membres que le fruit involontaire de politiques criminelles autonomes mais convergentes développées à l'échelle nationale. Le droit pénal, tout en voyant son fondement sérieusement contesté dans les ordres juridiques internes, prend de plus en plus un visage européen.⁶

Le paradoxe n'est qu'apparent en réalité, car il ne s'agit pas d'abandonner le droit pénal interne pour le retrouver au niveau international, mais de mettre en place des stratégies adéquates de contrôle et de réponse à une délinquance qui perturbe à la fois l'ordre public économique interne⁷ et l'ordre public économique transnational.⁸

Le nouveau défi est en effet représenté par une délinquance transnationale qui porte atteinte, non seulement aux intérêts nationaux, mais encore à l'ordre public transnational. Une telle délinquance accompagne inévitablement la globalisation économique dont l'accélération, depuis 1990, a été justement attribuée à la fois à 'la libéralisation des échanges et des flux de capitaux, aux révolutions technologiques,

² Voir les principes directeurs proposés in Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris 1992) à p. 286 s.

³ Dans ce sens, voir l'arrêt Gradinger c/Autriche, CEDH 23 oct. 1995, chronique Koering-Joulin, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (1996) à p. 487, Delmas-Marty et Lazerges, 'A propos du nouveau code pénal français' in *Revue de droit pénal et criminologie* (1997) à p. 133.

⁴ Galand-Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* (Paris 1995).

⁵ Voir notamment Mayaud, 'La justice pénale dans le monde des affaires. Libres propos sur une crise d'autorité' in (1995) n 1 *Justice et Economie*, à p. 35.

⁶ Bernardi, 'Vers une européanisation du droit des affaires, limites et perspectives d'un jus commune criminala' (1997) *Revue de droit pénal et criminologie*, à p. 415 s.

⁷ Farjat, *Droit économique* (Paris 1982, 2e éd.) à p. 49 s. Egalement M. Delmas-Marty, L'ébauche d'un droit pénal économique européen, in *Mélanges Farjat, Philosophie du droit et droit économique*, Frison-Roche, 199, p. 121 s.

⁸ Voir Farjat, 'L'évolution récente du droit économique français' (1994) n1 *RIDE*, et (1996) n3, à p. 448.

aux progrès des transports et aux stratégies des grands groupes'.⁹ Autant de facteurs qui facilitent du même coup le développement d'une délinquance économique transnationale dont l'évaluation reste difficile compte tenu du caractère largement occulte des infractions commises.

Si ce type de délinquance apparaît comme la conséquence de l'ouverture des frontières découlant de la création du marché unique européen, il met souvent en cause des pays tiers et apparaît ainsi, plus largement, comme une conséquence de la globalisation économique.¹⁰ La réponse ne peut donc pas être isolée d'une réflexion d'ensemble sur la façon dont le droit économique s'organise face à ce phénomène.

Certains auteurs préconisent la privatisation du droit, étant précisé que la compétition éliminerait alors la distinction entre droit pénal et droit civil: 'on répare les dommages sans faire de distinction entre l'acte volontaire et involontaire, *car désormais c'est la victime qui demande réparation*, ce n'est plus l'Etat ou la Société, des entités fictives'.¹¹ Et dès à présent, les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique ou ADR (*Alternative dispute resolution*) font échapper largement aux Etats le contrôle du contentieux, même de nature pénale. Mais ils ne semblent pas constituer, malgré leur succès apparent, 'une panacée efficace en tous lieux et en toutes circonstances car ils sont enfermés dans des limites'¹² et, en cas d'échec, alourdissent les délais et les coûts.

Reste à savoir comment élaborer un système juridique qui protège l'ordre public transnational sans être lui-même soumis à la seule logique économique. En effet, s'il est vrai que la globalisation économique conduit 'des justices du marché au marché international de la justice',¹³ elle annoncerait ainsi l'instrumentalisation du droit au service de l'économie et du marché. Cette question se pose déjà, mais moins ouvertement, en droit interne; toutefois au plan mondial s'ajoute une difficulté plus politique, le risque d'hégémonie d'un système sur les autres. Autrement dit le risque,

⁹ Voir Hugon, 'Le commerce international illicite au coeur des conflits entre les lois, les normes et les pratiques' in *L'illicite dans le commerce international* (Kahn et Kassadjian (sous la direction de)) (Paris 1996).

¹⁰ Sur la globalisation voir Delmas-Marty, 'La criminalité économique transnationale: pour une politique criminelle à stratégie diversifiée' in (1995) 1er trimestre, *Le Trimestre du Monde*, à p. 83 s.; Manacorda, 'La criminalité économique internationale: un premier bilan des instruments de politique criminelle' in *ibid.*, p. 59 s.; Pieth, 'Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität' in (1997) *ZStW*, à p. 756 s.; Adde Kahn et Kessedjian, (sous la direction de), *L'illicite dans le commerce international* supra note 9 et notamment les contributions de Oppetit, *L'illicite dans le commerce international*, à p. 13 s., et Koering-Joulin et Huet, 'La lutte contre l'illicite. L'élaboration de normes spécifiques. Les politiques nationales: le droit français' à p. 347 s.

¹¹ Lemennicier, 'L'économie et la justice: du monopole d'Etat à la concurrence', in Justices (1995) n1 *Justice et économie*, à p. 135 s.

¹² Oppetit, 'Modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique' *ibid.* à p. 53 s.

¹³ Dezalay, 'Des justices de marché au marché instructeur de la justice' in Justices (1995), précité, p. 121 s.

sous prétexte de protéger l'ordre public transnational, d'instaurer la loi du plus fort, ou même ce que certains n'hésitent pas à nommer le colonialisme post-moderne.¹⁴ Renforcé par la privatisation, le risque peut aussi venir, plus directement, du droit étatique, notamment par le jeu des clauses d'extraterritorialité. En témoignent les deux lois américaines adoptées en 1996 pour interdire les relations commerciales avec Cuba d'une part, l'Iran et la Libye de l'autre: 'malgré leur contrariété majeure avec le droit international, il n'est pas exclu que cette réglementation américaine soit d'une grande efficacité, pas nécessairement pour la réalisation du but politique poursuivi, mais en ce qui concerne l'effet dissuasif à l'égard d'un certain nombre d'entreprises, qui préféreront ne pas prendre le risque de poursuites ou de sanctions aux Etats-Unis, et abandonneront leurs projets économiques à Cuba, en Iran ou en Libye'.¹⁵

D'où l'intérêt d'observer, en même temps que la globalisation, 'la montée des régionalismes se traduisant, au-delà de la constitution des blocs commerciaux et de marchés régionaux, par des règles, des normes, voire des transferts, de souveraineté, conçus au niveau régional, comme dans le cas européen'.¹⁶ Précisément parce qu'il ne s'agit pas seulement de blocs commerciaux mais de la production de normes, cette régionalisation pourrait faciliter un rééquilibrage, à la fois en imposant le respect du droit international¹⁷ et en posant les premiers jalons d'un droit pénal économique supranational. Comme en matière de droits de l'homme, mais peut-être de façon plus pressante (car le risque d'hégémonie est encore plus fort), l'internationalisation du droit économique passe par la régionalisation, à condition que celle-ci soit conçue de façon ouverte c'est-à-dire non exclusive par rapport aux autres organisations régionales.¹⁸

A cet égard l'Europe se trouve dans une situation privilégiée, au point d'apparaître comme un véritable 'laboratoire', d'observation, d'analyse et aussi d'essais.¹⁹ La chance historique de l'Europe est en effet que, malgré des disparités évidentes entre les Etats membres, aucun n'est en position d'hégémonie, ce qui rend possible la

¹⁴ Silbey, 'Let them eat cake: Globalization, Postmodern colonialism and the possibilities of Justice' in (1997) *Law and Society Review*, à p. 207. Egalement Fitoussi, 'Marchés et démocratie: vers une éthique du futur' in *Ethics of Future, UNESCO, Agenda pour le IIIème Millénaire*, à paraître 1998.

¹⁵ Stern, 'Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy' in (1996) *Revue générale de droit international public*, à p. 4; Id., 'Can the United States set rules for the world? A French view' in (1997) 31 *Journal of World Trade*, à p. 5 s.

¹⁶ Hugon *supra* note 9 à pp. 40-41. Voir aussi Jourdain, 'Les nouveaux processus d'intégration régionale: vers la restauration d'un 'ordre' dans les relations internationales' in *Désordre(s)* (Chevallier (sous la direction de)) (Paris 1997) à p. 363 s.

¹⁷ Stern, 'De simples commentaires à une action commune; la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité' in (1997) *Europe*, févr., à p. 8 s.

¹⁸ Schutte, 'La régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale, Rapport général' in (1994) n 65 1er et 2ème trimestres *Revue Internationale de Droit Pénal*, à p. 37 s.

¹⁹ Cf. Delmas-Marty, *Pour un droit commun* (Paris 1994) Le laboratoire européen, à p. 223 s.; Id., *Trois défis pour un droit mondial* (Paris 1998).

recherche d'un droit commun sans courir le risque de favoriser ainsi la loi du plus fort. Dans une Europe où les systèmes de droit ont commencé à s'harmoniser sous l'influence des deux juridictions supranationales (la CJCE pour les 15 Etats membres de l'Union européenne et la CEDH pour les 40 Etats membres du Conseil de l'Europe), le principal obstacle à l'élaboration de normes juridiques communes reste l'apparente fracture entre deux traditions aussi fortes que la tradition romano-germanique sur le continent et la *Common law* au Royaume-Uni. Toutefois le droit comparé révèle bien d'autres divisions: par exemple entre les Etats qui admettent la responsabilité pénale des personnes morales et ceux qui la rejettent, ou en procédure entre les Etats qui consacrent l'indépendance du ministère public et ceux qui la refusent. Cette diversité même peut faciliter la synthèse, à condition de ne pas la réduire à la recherche d'un compromis, mais de la concevoir comme un progrès en s'efforçant de retenir le meilleur de chaque système national. L'existence de sanctions communautaires en droit de la concurrence montre la faisabilité d'une telle recherche, mais il s'agit de sanctions administratives.²⁰ L'élaboration de normes pénales est évidemment plus difficile, pour au moins deux raisons: l'existence de traditions nationales beaucoup plus fortes et le principe de légalité, qui pourrait être un obstacle à l'adoption de textes par voie de règlement ou directive.

C'est pourquoi, dans un premier temps, l'influence de l'Europe s'est manifestée surtout par le jeu d'une neutralisation de la norme pénale interne par la norme communautaire: effet de dépénalisation qui 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), 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, étant rappelé que si la CJCE reconnaît le manquement, l'Etat 'est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt' et que désormais (depuis le TUE) la Cour peut infliger à l'Etat récalcitrant le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. 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.²¹

Certes, ce défaut est commun à bien des domaines du droit pénal des affaires: des fraudes sur les marchandises et services aux violations de la réglementation du

²⁰ Voir Schapira, Le Tallec et Blaise, *Droit européen des affaires* (Paris, 1994 4ème éd.) à p. 207 s.

²¹ Voir Delmas-Marty, 'Droit pénal et Union européenne', in *Cahiers de droit européen* (1997) n 5-6, à p. 607 s. (version anglaise in *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997) col. VIII-1) et Massé, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (1996) à p. 935 s.

travail, en passant par le droit fiscal ou douanier. Toutefois il faut souligner la spécificité des atteintes aux intérêts financiers de la Communauté. Cette spécificité tient en partie aux difficultés pratiques dues 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.²² C'est ainsi que la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes est estimée, en ce qui concerne la criminalité apparente (c'est-à-dire détectée par les Etats membres), à environ 1,4% d'un budget global qui en 1995 atteignait 88 milliards d'écus.²³ Mais la criminalité réelle est évaluée aux environs de 10%,²⁴ étant observé que l'écart (chiffre noir de la criminalité) est d'autant plus élevé qu'il s'agit d'infractions particulièrement difficiles à repérer, et ensuite à prouver, car elles se réalisent sur le territoire de nombreux Etats et présentent un haut degré d'organisation.²⁵

Cela dit, la spécificité est avant tout d'ordre juridique: Dès lors qu'il s'agit de protéger les intérêts financiers de la Communauté, l'ordre public national est concerné de façon seulement indirecte car c'est en réalité l'ordre économique européen (trans ou supra-national) qui se trouve menacé. La question est ainsi posée de savoir comment assurer la protection pénale des fonds communautaires. Ceux-ci constituent en effet 'la composante indispensable à la fois des activités vitales des institutions communautaires et de toutes les politiques mises en oeuvre par la Communauté, de sorte que toute atteinte aux intérêts financiers communautaires affecte en même temps les intérêts des citoyens de l'Union, en tant que contribuables et destinataires des politiques européennes, et la crédibilité et la bonne gestion des institutions communautaires'.²⁶ En ce sens, ils sont au coeur de l'ordre économique

²² Dans l'ensemble des travaux consacrés au phénomène des fraudes communautaires voir, 'L'évaluation de la notion de fraude sur le plan statistique, sociologique et juridique. Essai de typologie' in Pirrotte (sous la direction de), *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté européenne Actes du Colloque de Lille* (Paris, 1997, 25-26 janvier 1996) à p. 17 s.

²³ Déclaration du commissaire européen Anita Gradin lors de l'audition publique du Parlement européen des 15-16 avril 1997.

²⁴ Voir Vervaele, 'La Communauté européenne face à la fraude communautaire: vers un espace pénal communautaire' in (1990) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, à p. 29; Id., *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires* (Paris 1994).

²⁵ Voir Conseil Justice et affaires intérieures, groupe de travail droit pénal/droit communautaire, JAI 29 février-1er mars 1996: sur plus de 12.000 cas communiqués par les Etats membres entre 1991 et 1995, dans le domaine des dépenses communautaires (ressources propres et FEOGA garantie), un très petit nombre d'affaires (1% du nombre total des cas) représentent plus de 50% de l'impact budgétaire total.

²⁶ De Angelis, 'Le corpus juris portant dispositions pénales pour la protections des intérêts financiers de l'Union européenne: origines et perspectives' in (1998) chr. *Recueil Dalloz*, à p. 221 s.

européen et leur protection passe par l'élaboration d'un droit pénal économique européen, alors même que la Communauté ne s'est pas vue ouvertement attribuer de compétence normative explicitement pénale.

C'est pourquoi les efforts pour construire un tel droit pénal européen oscillent entre deux voies:

- (1) d'un côté la voie de la coopération *interétatique*, désormais organisée dans le cadre du troisième pilier, institué par le Traité de Maastricht et réaménagé par le Traité d'Amsterdam:²⁷ 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 trois protocoles additionnels du 27 septembre 1996, du 29 novembre 1996 et du 19 juin 1997 et, de façon indirecte, par le règlement CE n 2185/96 du Conseil, du 11 nov. 1996);
- (2) de l'autre, une voie nouvelle qui pourrait associer le Parlement européen (en relation avec les Parlements nationaux) à l'exécutif européen (Commission et Conseil) pour l'élaboration de normes pénales supranationales fondées sur le premier pilier: tel semble être le choix correspondant à 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 à Bruxelles par le Parlement européen et la Commission les 15 et 16 avril 1997.²⁸

B. La Voie Interétatique: la Convention PIF

Rappelons d'emblée que cette Convention, signée le 26 juillet 1995, a été adoptée sur le fondement du 3ème pilier (ancien Article K.3, §2, c, T.VI T.UE).²⁹ Elle se situe

²⁷ Titre VI Traité UE (Article K.1 à K. 14 devenus Article 29 à 42 dans la version consolidée) et titre VII (ancien titre VI A, Article K. 15 à K.17 devenus Article 43 à 45 dans la version consolidée), instituant un 'espace de liberté, sécurité et justice' (Article 2, al. 4): voir Soulier, 'Le traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale' in (1998) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, à p. 237 s. En général sur les réformes introduites à Amsterdam, voir Ehlermann, *Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: the new provisions of the Treaty of Maastricht* (1998) Robert Schuman Center, European University Institute, à p. 25 s.; Sauron, 'Le traité d'Amsterdam: une réforme inachevée?' in (1998) chr. *Recueil Dalloz*, à p. 69 s.

²⁸ *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, publié en version bilingue (français et anglais) Economica 1997. Présentation en audition publique, Parlement européen, 15-16 avril 1997 voir Europe, n 69-58.

²⁹ Convention 26 juillet 1995 établie sur la base de l'Article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, in J.O.C.E. n C316, 27.11.1995, 49-52.

donc clairement dans le cadre de la coopération interétatique et se distingue à cet égard du règlement n 2988/95 du 18 décembre 1995 qui, fondé sur le 1er pilier (ancien Article 235 T.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' (préambule du règlement).³⁰ Encore faut-il décrire brièvement le contenu de la Convention PIF afin d'évaluer les possibilités de mise en oeuvre.

I. Le Contenu

A la différence du règlement, clairement situé hors du champ pénal, la Convention PIF, bien que fondée sur le 3ème 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' [mis en italique par les auteurs].

En pratique, on distingue cependant différents degrés allant de l'unification, pour la définition des infractions (Article 1er 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 fonctionnaires³¹ et le blanchiment),³² 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 1er, ainsi que la complicité, l'instigation ou la tentative relatives aux comportements visés à l'Article 1er 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

³⁰ Règlement (CE, Euratom) n 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, in J.O.C.E. n L 312, 23.12.1995, à p. 1 s.

³¹ Acte du Conseil du 27 septembre 1996 établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (96/C 313/01), in J.O.C.E. n C313, 23.10.1996, à p. 1 s.

³² Acte du Conseil, du 19 juin de 1997, établissant le deuxième protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes européen (97/C 221/2), in J.O.C.E. C221, 19.07.1997, à p. 11.

membre. Ce montant minimal ne peut pas être fixé à plus de 50.000 écus' (Article 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 législation, des sanctions d'une autre nature que celles prévues au paragraphe 1'.

En ce qui concerne l'attribution de la responsabilité (Article 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* [mis en italique par les auteurs] d'actes frauduleux commis au préjudice des intérêts financiers des Communautés européennes, tels que visés à l'Article 1er, par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise'. A titre complémentaire, le second protocole additionnel (Article 3 et 4) prévoit plus précisément la responsabilité pénale des personnes morales, sur le modèle dessiné par l'Article 121-2 c.p. français, 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, sur le terrain de la coopération interétatique, la technique évoquée plus haut à propos de l'intégration de la norme communautaire par transposition en droit interne, technique qui présente 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 possibilités de mise en oeuvre du texte.

II. La Mise en Oeuvre

Outre la timidité des dispositions du droit pénal exposées ci-dessus, on pourrait craindre une certaine inefficacité pour deux raisons. D'une part, la CJCE, dont on connaît 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' (Article K.3, § 2, *in fine*).³³ 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' (Article 8, § 2 Conv. PIF). De même (Article 8, § 3) 'tout différend relatif aux Articles 1er ou 10 de la présente convention entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission des Communautés européenne qui n'a pu être réglé par voie de négociation peut être soumis à la Cour de justice'. Il a fallu attendre le protocole du 29 novembre 1996 pour la reconnaissance d'un recours préjudiciel en relation avec la Convention PIF et son premier protocole.³⁴

Il est à noter que le nouvel Article K. 7 T.U.E, dans la rédaction issue du Traité d'Amsterdam (nouvel Article 35), prévoit une compétence de la Cour en ce qui concerne les conventions établies à partir du titre VI.³⁵ Toutefois celle-ci reste limitée par un système complexe de 'déclaration' pouvant varier d'un Etat à l'autre (voir l'Article 35 nouv., par. 3 et 4). En outre la compétence de la Cour est limitée dans le champ pénal par la clause du paragraphe 5: 'La Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour la maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure'.

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'.³⁶ De leur côté, des magistrats de plusieurs pays européens, soulignant l'impunité 'aujourd'hui quasi-assurée aux

³³ Salazar, 'Il controverso ruolo della Corte di Giustizia nel 'terzo pilastro': prime applicazioni dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea' in *Diritto dell'Unione europea Vol. II* (scritti in onore di Federico Mancini) (Milano 1998) à p. 905 s.

³⁴ Protocole du 29 novembre 1996 établi sur la base de l'Article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, in J.O.C.E. C151, 20.05.1997, à p. 2 s.

³⁵ Soulier *supra* note 27 à p. 253 s.

³⁶ Commission européenne, Droit pénal et droit communautaire, note de séances précitée, Conseil JAI, 29 févr., 1er mars 1996.

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'.³⁷ A cet égard, le second protocole additionnel apporte quelques améliorations, comme un renforcement de la coopération avec la Commission des Communautés européennes (Article 7), également inscrit dans le Traité d'Amsterdam (Article 280-3, cf. ancien Article 209 A T.CE).

C'est ainsi qu'à côté de la coopération horizontale entre Etats membres apparaît l'idée d'une coopération verticale qui consacre le rôle essentiel joué, au côté des autorités nationales, par les services de la Commission, en particulier par l'UCLAF, 'véritable catalyseur de la coopération'.³⁸

A cet égard, il faut d'ailleurs mentionner le règlement (Euratom, CE) n 2185/96 du Conseil (11 nov. 1996) applicable depuis le 1er janvier 1997.³⁹ 'Ledit règlement crée les conditions juridiques propres à permettre une présence sur le terrain de la Commission européenne, dans les Etats membres, pour lutter contre la fraude. Les agents de la Commission sont dorénavant autorisés à effectuer des contrôles et des vérifications directement auprès des opérateurs économiques. En raison de cette orientation nouvelle par rapport au droit communautaire applicables jusqu'à présent, il faut s'attendre à ce que ledit règlement devienne aussi important que le célèbre règlement (CEE) n 17/62, qui relève du droit européen de la concurrence. Il est, en effet, possible d'établir certains parallèles dans la forme de ces deux réglementations'.⁴⁰ En principe limité au domaine des sanctions administratives (cf. règlement précité du 18 déc. 1995), ce nouveau texte présente néanmoins des 'points de contact'⁴¹ avec le droit pénal et la procédure pénale, en raison de sa finalité même, visant à conférer de nouveaux pouvoirs importants à la Commission en particulier dans la lutte contre le fraude. La notion d'irrégularité, au sens de l'Article 5, comprend en effet (conformément à la définition visée à l'Article 1er, paragraphe 2, du règlement n 2988/95) les comportements frauduleux tels que définis dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, à laquelle il est fait expressément référence dans les considérants. Il en résulte que les contrôles et vérifications sur place peuvent

³⁷ Robert, *La justice ou le chaos* (Paris 1996) à p. 331s.

³⁸ Sicurella, 'Le corpus juris: proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen' in (1998) chr. *Recueil Dalloz*, à p. 223 s.

³⁹ Règlement 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre le fraude et les autre irrégularités, in J.O.C.E. n L292 du 15.11.96, à p. 2 s.

⁴⁰ Kuhl et Spitzer, Règlement Euratom, CE n 2185/96 du Conseil concernant les pouvoirs de contrôle de la Commission européenne dans le domaine de la lutte contre la fraude, à paraître.

⁴¹ Ibid.

concerner des cas relevant du droit pénal. Cette possibilité apparaît d'ailleurs dans le fait que l'utilisation des rapports d'enquête de la Commission dans les procédures judiciaires est expressément prévue par le règlement: ces rapports constituent, au même titre que les rapports établis par les contrôleurs administratifs compétents des Etats membres, des éléments de preuve admissibles dans les procédures judiciaires (Article 8, par. 3).

Si la voie de la coopération se trouve ainsi infléchie, et en quelque sorte 'communautarisée', par l'intervention possible de la CJCE et de la Commission, sa mise en oeuvre reste de nature 'interétatique', donc soumise au bon vouloir des Etats. Une telle stratégie d'adaptation, soumise au dogme de l'Etat-nation et enfermée dans le cercle vicieux où l'Etat promoteur du droit est aussi le destinataire de l'injonction internationale, risque d'aboutir à l'abandon de toute réponse efficace dans ce domaine. En effet aucun des textes évoqués ci-dessus dans le cadre du 3ème pilier (conv. PIF et protocoles additionnels) ne sont encore entrés en vigueur, faute d'avoir été ratifiés par les Etats membres.

D'où la nécessité, l'urgence, d'explorer l'autre voie, 'supraétatique' ouverte de façon plus ambitieuse, mais peut-être finalement plus réaliste, par un *Corpus juris* qui unifie plus largement le droit pénal et même, pour partie, la procédure en la matière.

C. La Voie Supraétatique: le *Corpus Juris*

Le point de départ est la critique des techniques déjà utilisées pour renforcer la protection du budget de l'Union européenne: '*l'assimilation* [du budget européen au budget national] 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'.⁴²

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 c'est la seule voie qui puisse conjuguer les trois vertus, justice, simplicité et efficacité, est la voie de l'unification.

Telle est la voie, entraînant le bouleversement (voir la véritable mutation) de certains paradigmes de la science juridique la plus traditionnelle, qui a été entamée

⁴² *Corpus juris*, précité, (1997) *Economica*, à p. 41. Voir De Angelis et Sicurella, 'Vers un espace judiciaire européen? Un *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne' in (1997) *Revue du Marché unique européen*, à p. 121 et Fourgoux, 'Un espace judiciaire contre la fraude communautaire: un *corpus juris* entre rêve et réalité' in (1997) *chr. Recueil Dalloz*, à p. 348 s.

par un groupe d'experts⁴³ pour dessiner, à la demande de la Commission européenne (Direction générale du contrôle financier) et du Parlement européen, un cadre normatif en matière de lutte contre le fraudes au détriment des finances européennes qui se veut à la fois 'plus juste, plus simple et plus efficace'.⁴⁴ 'A cette étape de la construction européenne, se pose la question de savoir si l'on peut encore (...) se résigner à attendre des années pour observer quelque amélioration du système répressif. Le risque 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 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'.⁴⁵

Ce texte n'a l'ambition ni d'un code pénal, ni d'un code de procédure pénale européen totalement unifié et directement applicable (idées pourtant familières aux pénalistes),⁴⁶ en tous domaines, par des juridictions européennes créées à cet effet. Il s'agit d'un ensemble de règles pénales, qui constituent en ce sens un *corpus juris*, limité 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*, dont la base juridique reste à préciser avant d'aborder la question du contenu, comporte trente-cinq règles regroupées autour de sept principes qui indiquent les fondements. L'énoncé de chaque règle est suivi d'un bref commentaire exposant la motivation des choix.

I. La Base Juridique: un Débat Ouvert

Laissée en dehors du mandat du groupe d'experts, la question de la base juridique n'a pas encore été explicitement précisée dans le texte même du *Corpus juris*. Les enjeux sous-jacentes à une telle problématique sont pourtant essentiels dans la

⁴³ Les professeurs E. Bacigalupo, M. Delmas-Marty, G. Grasso, N. Jareborg, J. Spencer, D. Spinellis, K. Tiedemann, C. Van den Wyngaert.

⁴⁴ *Corpus juris*, précité, (1997) *Economica*, à p. 41.

⁴⁵ *Corpus juris*, précité, (1997) *Economica*, à p. 39.

⁴⁶ Voir notamment Bassiouni, 'Projet de Code pénal international', *Revue internationale de droit pénal* (1981) Vol. n. 1-2, et les commentaires à la *Revue internationale de droit pénal* (1981) n. 3-4. A l'échelle européenne cf. Bernardi, 'Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive' in *Annali dell'Università di Ferrara. Scienze giuridiche, Saggi III* (1996). Sur le rôle d'une codification pénale modèle en Europe v. Tiedemann, 'L'europeizzazione del diritto penale' in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (1998) à p. 6 s. Pour les antécédentes historiques du *Corpus juris* v. Bacigalupo, 'Il *Corpus juris* e la traduzione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea' in *Prospettive di un diritto penale europeo* (Grasso (sous la direction de)) (Milano 1998) à p. 52.

perspective de la mise en œuvre du *Corpus*: d'où le débat qui s'est ouvert au sein de la doctrine pénale pour fonder positivement une telle démarche, débat caractérisé par une variété d'accents et de positions.

Les seuls points communs, pourrait-on dire, sont d'une part le refus explicite ou implicite d'une nouvelle modification des traités qui, compte tenu de la longueur et de la complexité des procédures de révision, équivaudrait à renoncer préalablement au projet et, d'autre part, l'exigence d'un fondement démocratique pour l'adoption des normes de droit et procédure pénale.⁴⁷ Cette dernière exigence se traduit dans des propositions diverses qui prônent l'intervention, alternative ou cumulative, des parlements nationaux et du parlement européen au processus de création des normes d'incrimination supranationales. C'est d'ailleurs dans ce dernier sens que s'est prononcé le groupe d'experts à la base du *Corpus juris*: le principe de la légalité des délits et des peines 'impose de donner une base légale à l'ensemble du *corpus* proposé, par conséquent, sans doute d'associer, sous une forme ou une autre, le Parlement européen à la procédure d'adoption'.⁴⁸

Pour revenir à la recherche de la base juridique, la doctrine s'accorde à considérer, à quelques exceptions près,⁴⁹ qu'à l'heure actuelle une compétence pleine et directe tant de l'Union que des Communautés européennes n'existe pas, ce qui équivaut à nier la possibilité d'un droit pénal communautaire. Minoritaire est par conséquent la position de ceux qui considèrent les textes en vigueur des traités comme suffisants pour fonder l'adoption du *Corpus juris*. L'idée, manifestée peu de temps après la présentation du *Corpus*, serait de procéder à l'adoption d'un règlement, selon la procédure de codécision de l'Article 251 Tce (ex Art. 189 B Tce), en se fondant sur l'Article 95 (ex Art. 100A) du même traité 'car les dépenses et la perception des ressources de la communauté sont destinées, de façon directe ou indirecte, aussi bien à l'établissement qu'au fonctionnement de ce marché intérieur'.⁵⁰

Certes, la proposition axée sur le premier pilier du traité de Maastricht, paraît animée par de bonnes intentions et notamment par le souci d'éviter que l'on tombe sous le coup du troisième pilier. Le choix d'un acte relevant de ce cadre institutionnel, et notamment d'une convention,⁵¹ risquerait en effet de reproduire

⁴⁷ Grasso, 'La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea' in *Prospettive di un diritto penale europeo* (Grasso (sous la direction de)) (Milano 1998) à p. 25: 'la création d'un droit pénal supranational ne peut pas être l'instrument pour une 'aggravation du climat constitutionnel', c'est à dire pour une régression du niveau de garantie accordé au droits fondamentaux'.

⁴⁸ *Corpus juris* précité, (1997) *Economica*, à p. 45.

⁴⁹ Riondato, '*Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*' (Padova 1996).

⁵⁰ De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 136.

⁵¹ Propose une convention internationale, sans préciser s'il s'agit d'un instrument du troisième pilier ou d'un acte intergouvernemental classique, Jescheck, La tutela penale dei beni giuridici dell'Unione europea, rapport présenté au Séminaire 'Possibilità e limiti di un diritto penale europeo' (Università degli Studi di Trento 3-4 ottobre 1997) (à paraître).

l'inefficacité déjà constatée à propos des différentes conventions signées par les Etats membres. Cette proposition est aussi à apprécier parce que, prônant l'adoption d'un règlement, vise en même temps à écarter la directive, instrument d'harmonisation peu adapté, selon les termes de l'Article 189 qui laissent libres les Etats quant aux formes et aux moyens à adopter, à l'unification des systèmes nationaux poursuivie par le *Corpus juris*. Cela dit la thèse fondée sur les Articles 100A et 189B paraît dépourvue d'un fondement solide, surtout si l'on tient compte des applications concrètes réservées à ces Articles, et pourrait difficilement à nos yeux susciter le consensus politique nécessaire à sa réalisation concrète.

Egalement problématique apparaît l'idée, avancée par certains de faire recours comme base juridique à l'Article 308 Tce (ex Art. 235): s'il est vrai que les deux règlements précités en matière de fraude ont été finalement fondés sur cette base, il faut reconnaître que l'emploi de cette 'roue de secours' du traité, applicable à défaut d'une compétence expresse, ne constituerait pas un viatique adéquat pour le *Corpus juris*.

Des données nouvelles apparaissent cependant dans le Traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Si certains ont pu être déçus du fait que le traité ne mentionne pas le *Corpus* et ne s'aligne pas sur ses propositions, il reste néanmoins que des changements importants dans le cadre répressif antifraude sont à enregistrer. Mais là encore les positions ne sont pas unitaires et plusieurs voies alternatives restent en discussion selon le troisième pilier ou selon le premier pilier.

Une première voie est dessinée dans le cadre du troisième pilier réformé où, aux instruments de la convention et de la position commune, héritage du traité de Maastricht, s'ajoutent désormais les décisions-cadre, actes obligatoires modelés sur l'exemple des directives mais pour lesquels tout effet direct est expressément exclu (Article 34 version consolidée du traité). Pour certain la reconnaissance de la valeur juridique de ces instruments et leur flexibilité permettrait de fonder l'adoption du *Corpus juris*.⁵² Pour d'autres, c'est en revanche de la lecture combinée des normes renouvelant le cadre de l'harmonisation (Article 29 al. 2 troisième tiret et Article 31) et de la coopération (Article 32), qu'on pourrait retrouver 'le germe riche de potentialités d'une évolution future dans ce domaine'.⁵³

Il reste à explorer la voie du premier pilier, plus adaptée pour accueillir une telle initiative, si l'on tient compte de la nature strictement communautaire des intérêts en jeu: en effet la nouvelle rédaction de l'Article 280 (ancien Article 209A T.CE) associe expressément la Communauté aux Etats membres dans la lutte contre les fraudes au budget européen: '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'. Même si le mot 'pénal' n'apparaît pas dans le

⁵² White, 'EC Criminal Law: Prospects for the *Corpus Juris*' in Vol. 2 *Journal of Financial Crime*, 1998, n. 3, à p. 229.

⁵³ De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 226 s.

texte, il ressort clairement de la lecture combinée des alinéas 2 et 4 que les mesures visées peuvent aussi être de droit pénal. En effet l'Article 280 par. 2 dispose que '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'. Et le paragraphe 4 du même Article précise que 'le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'Article 251, arrête, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre la fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres'.

Comme le souligne le Professeur Tiedemann, à propos de l'Article 280: 'Si l'alinéa 2 de cet Article comprend, en parlant des mesures pour combattre les fraudes communautaires, sans aucun doute les actes législatifs de droit pénal en cette matière, on ne voit pas très bien pourquoi la même expression, reprise à l'alinéa 4, aurait un autre sens'.⁵⁴

Il reste à interpréter la fin du paragraphe 4: 'ces mesures ne concernant ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les Etats membres'. Deux lectures nous paraissent possible de cette réserve: l'une tient au choix du support normatif, l'autre au contenu de l'acte communautaire. Selon la première interprétation, le paragraphe 4 a la fonction d'exclure l'adoption d'actes dotés d'effet direct en matière de réglementation pénale de la fraude: concrètement, il interdirait l'adoption d'un règlement destiné à modifier le droit et la procédures pénale des Etats membres. Selon une lecture différente, et à nos yeux préférable, la clause en question aboutirait à mettre à l'écart le droit pénal et l'administration de la justice nationaux de toute influence communautaire, mais elle n'interdirait pas d'adopter, même par voie de règlement, un droit répressif supranational.

Si l'on considère que précisément le *Corpus juris*, destiné à protéger l'ordre économique européen, ne se confond pas avec le droit pénal national et ne modifie pas l'administration de la justice nationale dans les Etats membres,⁵⁵ on pourrait imaginer que l'Article 280 constitue une base juridique suffisante pour que le *Corpus juris* puisse être adopté, après la ratification du Traité d'Amsterdam qui implique un acte législatif national, par voie de règlement. Ce qui conduirait à renoncer au principe de solidarité des compétences législative et judiciaire en matière répressive en admettant que les juges répressifs relevant des divers Etats membres puissent appliquer, non pas la loi pénale nationale, mais la loi pénale européenne. Dès à présent le juge pénal national admet la neutralisation du droit pénal interne par la norme européenne.⁵⁶ L'adoption du *Corpus juris* l'amènerait à appliquer

⁵⁴ Tiedemann, 'Pour un espace juridique commun après Amsterdam' in (1997) n 17 *Agon*, à pp. 12 et 13.

⁵⁵ Contraire à cette hypothèse, en se fondant sur une lecture restrictive de l'Article 280 al. 4, De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 226.

⁵⁶ Voir Delmas-Marty *supra* note 21.

directement la loi pénale européenne, un peu à l'image du juge civil qui applique la loi étrangère si sa propre loi n'est pas compétente et si ses propres critères attribuent compétence à la loi d'un Etat étranger déterminé. Comme le soulignent les Professeurs Huet et Koering-Joulin :⁵⁷ 'l'unilatéralité des lois françaises de police et de sûreté ou des lois françaises de droit public n'est plus aujourd'hui considérée comme un obstacle à l'application par le juge français de lois étrangères du même type C'est dire que l'unilatéralisme n'impose pas la coïncidence des compétences judiciaire et législative et n'interdit nullement au juge d'un Etat d'appliquer une loi étrangère. Pourquoi en irait-il autrement en droit pénal? Parce que, dit-on, dans les cas où la loi pénale française est incompétente, les tribunaux répressifs français 'se désintéressent de la situation' et se déclarent incompétents. Pourtant, comme nous l'avons remarqué, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles nos tribunaux sont compétents pour juger des infractions qui ont porté atteinte à l'ordre public d'un Etat étranger, et non à l'ordre public français: ils ne se désintéressent pas de la situation. En bonne logique, ces hypothèses devraient être soustraites du champ d'application de la loi pénale française et soumises à la loi pénale de l'Etat étranger dont l'ordre public a été violé. Il y aurait là un signe heureux de collaboration internationale qui s'ajouterait à tous ceux que l'on constate déjà en procédure pénale internationale'.

Quand il s'agit, non pas de l'ordre public d'un Etat étranger, mais de l'ordre public européen, l'argument paraît s'imposer avec plus de force encore. Comment les juges nationaux pourraient-ils se désintéresser de la protection du budget européen? En revanche, la question demeure ouverte de savoir si le *Corpus juris* doit se substituer en matière de protection du budget européen au droit pénal national ou s'appliquer uniquement à titre complémentaire, comme le suggère le Professeur Tiedemann: 'Le droit de fond du *Corpus juris* en tant que tel pourra donc être mis en vigueur, sur la base de l'Article 280 al. 4 avec la seule réserve, prévue dans ce même alinéa, que le droit pénal national reste applicable. Dans les cas et dans la mesure d'identité d'infractions et de règles nationales et communautaires il n'y aura donc pas de primauté du droit communautaire. Le futur droit pénal communautaire sera complémentaire et subsidiaire'.⁵⁸ Mais cela conduit à une extrême complexité dans la mise en oeuvre et nous penchons pour la primauté du droit communautaire en toute hypothèse.

II. Règles de Fond: Vers un système unifié d'incrimination

En droit pénal de fond, le *Corpus* ne prétend pas de tout régler, ses ambitions étant limités à la mise en oeuvre d'un 'noyau dur' de normes pénales anti-fraude de source supranationale communes à l'espace européen.

Afin de résoudre les problèmes de violation de l'égalité entre opérateurs économiques européens et de complexité technique de la réglementation pénale,

⁵⁷ Huet et Koering-Joulin, *Droit pénal international* (Paris 1994) à p. 199.

⁵⁸ Tiedemann *supra* note 54.

découlant respectivement de l'assimilation (à défaut d'une modélisation supranationale des infractions) et de l'harmonisation (comme conséquence de la 'marge nationale d'appréciation'), le *Corpus juris* édicte huit normes d'incrimination visant, directement ou indirectement, la protection des ressources financières communautaires. L'unification est faite autour des trois principes directeurs communs aux ordres juridiques des Etats membres, le principe de la légalité, le principe de la proportionnalité et le principe de la culpabilité, à partir desquels dix-sept normes pénales sont dégagées.⁵⁹ La détermination précise des éléments constitutifs de l'infraction est accompagnée par la prévision des peines et par la fixation de certaines règles générales.

Quant aux infractions la norme de base est représentée par l'Article 1, qui punit 'la fraude affectant le budget des Communautés, en matière de dépenses comme en matière de recettes'. Les deux hypothèses de fraude à l'obtention et de fraude à l'utilisation d'une aide ou subvention sont unifiées dans la même disposition. La première peut se réaliser soit par la présentation de déclarations incomplètes, inexactes ou basées sur des faux documents; soit par l'omission d'informations en présence d'une obligation d'informer. La norme est modelée sur le texte de la Convention du 26 juillet 1995, étant toutefois précisé que la mise en danger des ressources financières est considérée comme suffisante dans le nouveau texte.⁶⁰

Une hypothèse spéciale de fraude à l'obtention est expressément prévue à l'Article 2. Deux conditions sont requises: qu'elle se réalise à l'occasion de la procédure d'adjudication en matière de passation de marchés, et qu'elle consiste dans l'accord occulte, la menace, la promesse, la tromperie, ou la collusion avec le fonctionnaire.

Autour de ces comportements directement frauduleux, les rédacteurs du *Corpus* ont créé un système d'incriminations complémentaires, sanctionnant des conduites qui précèdent et facilitent la fraude (Article 3: corruption de fonctionnaires, tant nationaux qu'européens, selon la formulation du Protocole à la Convention PIF,⁶¹ Article 4: abus de fonction; Article 5 malversation; Article 6: révélation de secrets de fonction; Article 8: association de malfaiteurs) ou qui constituent une conséquence de celle-ci (Article 7: blanchiment et recel des biens ou droits provenant d'une des activités criminelles envisagées par les Articles précédants).

Ces infractions ne s'appliquent que si les agissements visés engendrent *in concreto*, ou risquent d'engendrer, un dommage aux intérêts financiers de l'Union: ainsi la norme sur l'abus de fonction, par exemple, ne s'appliquera que si le fonctionnaire a agi en violation de ses devoirs d'office en relation avec l'octroi d'une subvention; la corruption active ou passive d'un fonctionnaire des Communautés européennes ou

⁵⁹ En termes analogues v. Jescheck, 'Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea' in (1998) *Indice penale*, à p. 225 s., ajoutant un quatrième 'principe de l'Etat de droit' qui renvoi à l'idée du contrôle judiciaire.

⁶⁰ De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 122.

⁶¹ De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 123.

d'un État membre sera punissable dès qu'elle porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, etc.

Les peines sont fixées à l'Article 9: il s'agit de la détention pour un maximum de cinq ans et de l'amende jusqu'à un million d'Ecus pouvant être portée jusqu'à au quintuple du montant de l'infraction, pour les personnes physiques; la même amende ainsi que la mise sous surveillance judiciaire sont en revanche prévues pour les personnes morales. Des peines communes aux personnes physiques (la confiscation et la publication de l'arrêt), ainsi qu'un certain nombre de peines complémentaires sont également envisagées.

Ces sanctions sont 'communes à toutes les infractions', ce qui révèle le choix des rédacteurs de laisser au juge, à l'occasion de la détermination de la peine, le soin d'adapter cette dernière à la gravité du fait, à la faute de l'auteur et au degré de sa participation à l'infraction (Article 15), laissant éventuellement jouer les circonstances aggravantes prévues à l'Article 16. Dans le même esprit, les sanctions pécuniaires pour les personnes physiques et morales sont identiques (amende jusqu'à un million d'Ecu, pouvant être portées jusqu'à au quintuple du montant de l'infraction) ce qui peut amener à des conséquences peu satisfaisantes en pratique.

On notera aussi que le principe *non bis in idem*, inscrit dans la CESDH (Article 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,⁶² 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.⁶³

Le troisième axe de réglementation sur le plan du droit pénal de fond est représenté par la mise en place de *règles générales* mais à portée limitée aux fraudes au budget communautaire⁶⁴.

Ainsi sur le plan des critères psychologiques posés à la base de l'attribution d'un fait à son auteur, le *Corpus* considère le dol comme critère normal d'imputation. Cela détermine une exclusion des cas de responsabilité matérielle, c'est à dire retenue en absence de critères subjectifs d'imputation, même au delà des cas de fraude. Cependant la *Corpus* admet la faute non intentionnelle, lorsque elle est expressément prévue; c'est le cas notamment de l'Article 1, punissant la fraude de négligence grave

⁶² CJCE 13 février 1969, aff. 14/68, Walt Wilhem, in (1969) *Recueil*, à p. 165.

⁶³ CEDH, 23 oct. 1995, Gradinger c/Autriche, série A, 328-C.

⁶⁴ Sur l'importance d'une partie générale dans le *Corpus juris* cf. *Grasso supra* note 47 p. 28 s.

selon l'exemple du § 264 al. 6 StGB, ce qui est critiqué par une partie de la doctrine.⁶⁵

C'est dans ce cadre que l'Article 12 édicte le principe de la responsabilité pénale individuelle et régleme la participation à l'infraction. Se rapprochant, avec quelques différences, de la solution retenue par le Code pénal français, le *Corpus* envisage, à côté de la responsabilité de l'auteur et du coauteur, la responsabilité de l'instigateur et du complice.

De même la réglementation de l'erreur sur les faits et de l'erreur sur la prohibition, intégrée à l'Article 11 du *Corpus*, est le fruit d'une évolution qui s'est vérifiée au cours des dernières années dans certains des ordres juridiques européens et pourrait s'étendre par l'impulsion du *Corpus* aux États qui ne l'ont pas encore intégrée à leur législation.

La responsabilité du décideur est également prévue au cas d'infraction commise pour le compte de l'entreprise (Article 13). Sont ainsi visés le chef de l'entreprise ou toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle, ayant agi en connaissance de cause: seule une délégation partielle, précise et spéciale, selon les critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence des États membres, permet une exonération de responsabilité.

Mais c'est sans doute la proposition d'une responsabilité pénale des groupements, admise largement par l'Article 14, qui constitue la nouveauté majeure sur le plan du droit de fond. Considérant comme suffisante l'existence d'un patrimoine autonome et prévoyant l'application de sanctions de nature pénale, le *Corpus* accueille, et pour certains aspects dépasse, les solutions déjà retenues sur le plan interne (notamment par les droits anglais et néerlandais et par l'Article 121-2 du code pénal français) et européen (cf. le deuxième Protocole additionnel à la Convention PIF).⁶⁶

Le contenu de ces règles de droit pénal substantiel est soumis à l'heure actuelle 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 la CESDH. Toutefois, s'agissant de règles techniques précises, il fallait tenir compte des diversités nationales que divers études comparatives, menées auparavant sous l'égide de la Commission et du Parlement, avaient permis de faire apparaître, soulignant, selon les cas, des convergences, divergences ou lacunes. Le

⁶⁵ Rossi Vannini, 'Brevi note sulla rilevanza della negligenza e dell'imprudenza gravi nel reato di frode al bilancio comunitario di cui all'articolo 1 del *Corpus juris*', rapport présenté au Séminaire 'Possibilità e limiti di un diritto penale europeo' (Università degli Studi di Trento 3-4 ottobre 1997) (à paraître).

⁶⁶ Acte du Conseil, du 19 juin 1997, établissant le deuxième protocole, précité.

rapport est explicite sur ce point: 'si des 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*. C'est à travers cet *usage différentiel du droit comparé* que la mise en cohérence des différents systèmes nationaux entre eux et de ceux-ci avec l'ordre juridique européen est assurée.⁶⁷ Il en découle que les solutions techniques suivies par le *Corpus* tantôt s'alignent sur la solution dominante en Europe, tantôt se rapprochent du système pénal d'un État membre ou de l'autre, tantôt sont complètement novatrices.

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, comme on vient de le voir, 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.⁶⁸ 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,⁶⁹ alors que celui-ci, comme on l'a vu ci-dessus, conditionne l'efficacité de la répression. Pourtant une synthèse a été proposée.

III. La Procédure Pénale: Vers un système centralisé à la phase préparatoire

Le *Corpus* envisage un mécanisme de distribution de compétences entre autorités communautaires et autorités nationales: d'une part il envisage la création d'un Ministère public européen, auquel confier le monopole des investigations et poursuites sur les affaires de fraude communautaire; d'autre part, il laisse aux autorités nationales la compétence quant au jugement de l'infraction.

La mise en place d'un système unifié d'enquête et poursuite repose sur trois principes: le principe de la *garantie judiciaire*, le principe du *procès contradictoire* et le

⁶⁷ Voir Delmas-Marty, *Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus commune* (Mélanges Ryssdal 1999) (à paraître); Delmas-Marty, Guyon et Manacorda, 'Vu d'Europe' in *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal* (Delmas-Marty et Gao Mingxuan (sous la direction de)) (Bilan et propositions, Paris 1997) Vol. 5 notamment à p. 81 et s.

⁶⁸ Voir le Séminaire organisé par l'ARPE, La responsabilité pénale dans l'entreprise: vers un espace judiciaire européen unifié? in (1997) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 251 à p. 369; en particulier rapport introductif Tiedemann et rapport de synthèse Piniot.

⁶⁹ Pour une étude comparée de quelques grands systèmes (Allemagne, Angleterre, Belgique, France, Italie), voir Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe* (Paris 1995) (aussi en version italienne sous la direction de Chiavario, *Procedura penali d'Europa* (Turin 1997)).

principe de la *territorialité européenne*. Ce dernier implique que 'pour les besoins de la recherche, de la poursuite, du jugement et de l'exécution, l'ensemble des territoires des États membres de l'Union sont un espace unique' (Article 18, al.1).⁷⁰

Animé par un souci de simplicité, le *Corpus* prévoit la création d'un Ministère Public Européen (MPE), structure souple et légère, compétent pour la recherche, la poursuite, le renvoi en jugement, l'exercice de l'action publique et l'exécution des jugements relatifs aux infractions susmentionnées (Article 19).⁷¹

Quant à son *statut* Le MPE se compose d'un Procureur général européen (PGE) siégeant à Bruxelles, et de Procureurs européens délégués (PED), installés dans chacun des États membres, assistés par les ministères publics nationaux (MPN ou MPD). L'indépendance du MPE, garantie tant à l'égard des autorités communautaires que des autorités nationales, est complétée par l'indivisibilité, impliquant la fongibilité des actes et la libre circulation des PED, et par la solidarité, qui régit les rapports entre le PGE et les PED, d'une part, et les rapports entre les PED et les MPN, d'autre part (Article 18).

Quant aux *pouvoirs*, ils doivent être distingués selon qu'ils relèvent de la phase de l'enquête ou qu'ils se rattachent à la clôture de celle-ci. *Au stade de l'enquête*, une fois le MPE saisi par les autorités nationales ou communautaires ou saisi d'office, les pouvoirs d'investigation sont répartis entre l'autorité centrale et les procureurs délégués. Le PGE a une compétence relative à la direction générale des investigations, à la coordination des enquêtes menées aux différents échelons, ainsi qu'un pouvoir d'évocation (Article 20, al. 2). Il peut déléguer aux PED certaines activités d'enquête (interrogatoires du suspect, audition de témoins, collecte de documents, etc.) ainsi que l'initiative en matière de mesures provisoires (demande de mise en détention ou de placement sous contrôle judiciaire). Pour rendre concrets ces pouvoirs, l'Article 24 admet que le mandat d'arrêt européen décerné par un juge national sur demande du MPE est exécutoire sur tout le territoire de l'Union. Le dispositif se fonde ainsi sur des procureurs nationaux itinérants, ayant vocation à se déplacer d'un Etat membre à l'autre, et sur une structure centrale, fixe à Bruxelles, dotée de pouvoirs de coordination.

Quant à la clôture de l'enquête, se présente l'alternative pour le MPE entre une décision de non-lieu et l'exercice de l'action publique pour la demande de renvoi en jugement. Cette alternative n'est pas libre ni discrétionnaire, compte tenu du fait que le *Corpus* suit le principe de la légalité des poursuites (Article 19, al. 4). La régularité de cette décision est vérifiée par le juge des libertés, juge indépendant et impartial faisant partie des juridictions nationales, modelé sur l'exemple du *giudice per le*

⁷⁰ De Angelis et Sicurella *supra* note 42 à p. 123.

⁷¹ Création reprenant la proposition de Klaus Hänsch, président du Parlement européen, lors de la Conférence interparlementaire de Bruxelles, avril 1996. En doctrine voir notamment Delmas-Marty, 'Vers un parquet européen, entretien réalisé par Alain Vogelweith' in (1997) n153 *Justice (Syndicat de la magistrature)*, juillet, p. 3 à p. 9; Perrodet, Le ministère public dans un cadre européen, Rapport présenté au Séminaire international 'Instruments légaux contre la fraude UE au sein de la période de l'après-Maastricht. *Corpus juris* et espace judiciaire européen fondé sur la liberté, la sécurité et la justice' (Maastricht 23-24 octobre 1997) (à paraître).

indagini preliminari italien (Article 25). Il intervient tout au long de la phase préparatoire pour vérifier la régularité de l'activité du ministère public, notamment en ce qui concerne les mesures coercitives.

En définitive, la création d'un Parquet européen préfigure un modèle de procès contradictoire, qui dépasse le clivage traditionnel entre la procédure inquisitoire et accusatoire.⁷² De la première, le *Corpus* conserve l'idée de confier le monopole des investigations et des poursuites à l'autorité publique (...). En revanche, c'est de la tradition accusatoire, étendue ainsi à la phase préparatoire du procès que s'inspirent les propositions tendant à renforcer la garantie judiciaire en exigeant l'intervention d'un juge (impartial et indépendant).⁷³

D. Essai de Bilan

L'unification des règles de fond et procédure préconisée par le *Corpus juris* ne peut à elle seule résoudre toutes les questions surgissant des fraudes au budget européen. La reconnaissance des limites externes du projet est contenue à l'art 35 qui pose un principe de complémentarité commandant l'application des droits pénaux nationaux au cas de silence du *Corpus*. Mais le renvoi aux normes nationales suppose à son tour (ou exige, là où cela n'est pas encore réalisé) que les systèmes pénaux des États membres présentent un certain degré de compatibilité entre eux. 'Même dans un domaine aussi circonscrit que celui des fraudes au budget de l'Union, l'unification qui suppose des règles identiques, doit nécessairement se combiner avec le rapprochement qui conduit à l'harmonisation'.⁷⁴

Si l'harmonisation et la coopération réalisées par voire interétatique se révèlent désormais insuffisantes, l'unification de source supranationale ne peut pas se faire sans un minimum d'harmonisation.

Ainsi, les trois principes posés à la base de la rédaction des règles de droit pénal de fond par les rédacteurs du *Corpus* ne limitent pas leurs effets sur le plan de la réglementation supranationale, mais commandent également des choix précis de la part des législateurs nationaux.⁷⁵

Le principe de la légalité et ses corollaires ne sauraient constituer l'obstacle majeur à ce rapprochement. Même le clivage traditionnel existant sur le point entre pays de *common law* et pays de tradition romano-germanique a été partiellement dépassé. Un rôle important dans ce sens a été joué par l'Article 7 Cesdh (prévoyant la non-

⁷² Sur la naissance d'un modèle de procès contradictoire à l'échelle européenne, cf. Procédures pénales d'Europe *supra* note 69 à p. 613.

⁷³ *Corpus juris* précité (1997) *Economica*, à p. 93.

⁷⁴ Delmas-Marty *supra* note 21.

⁷⁵ Voir Tiedemann, 'Diritto comunitario e diritto penale' in (1993) *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, à p. 209 et s.

rétroactivité de la règle pénale), ultérieurement précisé au fil des décisions de la Cedh.⁷⁶ Grâce à la jurisprudence européenne, la 'qualité de la loi' (en termes d'accessibilité, de précision et de prévisibilité) est devenue patrimoine commun des législations pénales nationales, alors que la nécessité d'une *lex scripta* (accompagnée par l'interdiction de l'analogie, le principe de stricte interprétation, la non-rétroactivité de la norme pénale défavorable) tend désormais à s'imposer, en matière économique même dans les pays d'outre-Manche (par le biais des *Statutes*).

Le principe de proportionnalité, à son tour, bien inscrit dans la jurisprudence communautaire, trouve, sous des formes distinctes, sa réalisation dans la plupart des systèmes nationaux:⁷⁷ il commande l'adéquation de la peine à la gravité de l'infraction, tant au plan de la norme abstraite qu'au plan concret de la personnalisation par le juge pénal.

Mais c'est la reconnaissance du *principe de la culpabilité* comme fondement de l'incrimination, troisième base de la proposition du *Corpus juris* sur le droit pénal de fond, qui constitue l'aspect le plus problématique dans le processus européen d'intégration pénale des parties générales (voir ci-dessus).

Le même raisonnement porte à conclure qu'une certaine compatibilité serait également nécessaire parmi les procédures pénales nationales, exigence que se pose en termes particulièrement aigus au stade du jugement, les fraudes communautaires restant soumises, selon l'idée des rédacteurs, à la compétence des juridictions des États membres, devant lesquelles la Commission aurait le droit de se porter partie civile.

Ici encore, c'est à travers les trois principes selon lesquels le *Corpus juris* définit le nouveau modèle de procédure qu'il est possible de déterminer les lignes de l'harmonisation.

Quant au principe de la *territorialité européenne*, un problème d'harmonisation se pose en relation avec les règles de compétence à la phase du jugement (Article 26). Les critères reconnus par la *Corpus* sont les suivants: l'État où se trouvent la majeure partie des preuves, l'État de résidence de l'accusé, l'État où l'impact économique est le plus important. La décision sera prise par le MPE sous le contrôle éventuel de la CJCE, en fonction de l'intérêt de la bonne administration de la justice.

Cette façon de résoudre les conflits positifs ou négatifs de compétence sur le plan international doit être confrontée aux règles que chaque ordre juridique prévoit pour la détermination de sa propre compétence pénale. Il est évident qu'aucune homogénéité n'existe entre les critères proposés à l'échelle européenne et les critères déjà en place au sein des ordres nationaux. Ainsi, par exemple, la règle fondée sur le rassemblement du plus grand nombre de preuves n'est pas incluse dans les règles de droit pénal international propres à chaque Etat membre. D'où la nécessité d'une

⁷⁶ Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris 1995) à p. 49; Palazzo, 'Riserva di legge e diritto penale moderno' in (1996) *Studium Juris*, à p. 276.

⁷⁷ Bernardi, 'Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux' in (1994) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, à p. 255 s.

évolution parallèle des systèmes internes, selon les lignes directrices tracées par le *Corpus*.

Une certaine nécessité de rapprochement se pose aussi en relation avec le principe de *garantie judiciaire*. C'est ainsi que le *Corpus* demande le respect de certains standards, au niveau de règles internes de procédure, en ce qui concerne par exemple la composition des juridictions de jugement (juges professionnels à l'exclusion des jurys et échevins, Article 26) et le droit à un deuxième degré de juridiction (Article 27). Plus largement, pour les juridictions de jugement, il est prévu que leur composition et leur statut doivent respecter les principes d'indépendance et d'impartialité posés par la Cesdh (Article 6).⁷⁸

On peut ajouter qu'à la phase préparatoire, où la garantie judiciaire est exercée par le juge des libertés de l'Article 25, il pourrait être problématique, à long terme, d'admettre une telle compétence seulement pour les fraudes communautaires à l'exclusion de toute autre infraction.

Enfin, c'est sur le plan du *procès contradictoire* que l'harmonisation s'impose, résultant d'un mouvement de rapprochement des principaux systèmes européens en cours depuis des années sous l'impulsion de la Cesdh,⁷⁹ notamment en vertu de principe du procès équitable énoncé à l'Article 6 al 1 et 3.

Pour conclure, unification et harmonisation se conjuguent, tant sur le plan du droit pénal de fond que sur le plan de la procédure pénale, en un mécanisme unique: la première ne pourrait pas exister sans reposer sur un ensemble de principes et de règles de nature pénale communs aux États membres, et la seconde ne permettrait pas un fonctionnement efficace des mécanismes répressif sans être accompagnée par un effort d'unification au moins partiel.⁸⁰

Des questions problématiques restent néanmoins posées sur le terrain: elles concernent d'une part les questions tenant à la légitimité et de l'autre les risques d'inégalité d'un tel mécanisme.

Quant à la *légitimité*, les initiatives politiques récemment prises pour concrétiser les idées contenues dans le *Corpus*, semblent aller dans le bon sens. Ainsi la proposition d'une conférence interparlementaire, associant aux travaux préparatoires les assemblées des élus États membres, a été lancée.⁸¹ Il restera à préciser les intentions du Parlement européen et des Parlements nationaux dans un domaine où, quelle que soit la base juridique retenue (y compris si les bases actuelles étaient encore modifiées par un nouveau traité), le Parlement européen devrait se voir reconnaître un pouvoir de codécision, dans le prolongement de son pouvoir en

⁷⁸ *Corpus juris* précité in (1997) *Economica*, à p. 117.

⁷⁹ Procédures pénales d'Europe, *supra* note 69 à p. 28 et s., p. 469 et s.

⁸⁰ Voir Delmas-Marty et Truche, 'Uniformité ou compatibilité des systèmes juridiques nationaux: des règles identiques aux principes directeurs' in *Quelle politique pénale pour l'Europe?* (1993) à p. 321 s.

⁸¹ Fauchon, 'Vers la construction d'un espace judiciaire européen?' (Rapport du Sénat, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, n. 352, Session ordinaire 1996-1997).

matière budgétaire. Dès maintenant, un rôle central des instances démocratiquement élues est préconisé par le Parlement européen, demandant que la création d'une nouvelle autorité indépendante de contrôle (l'Olaf, Office de lutte antifraude) soit réalisée par le biais d'une 'décision commune du Parlement européen, du Conseil, de la Cour de Justice européenne et de la Cour des Comptes'.⁸² Il s'agit, selon le rapporteur, d'un objectif intermédiaire en attendant la création, dans l'avenir d'un parquet européen.

Une autre question surgit à propos du principe de l'*égalité des justiciables*: si elle est résolue à l'échelle européenne en relation avec la fraude au budget communautaire (grâce au dépassement du principe de l'assimilation), il reste néanmoins qu'elle pourrait se poser désormais entre opérateurs économiques agissant à l'intérieur d'un seul pays et tombant sous le coup de normes d'incrimination diverses. Les règles de droit pénal de fond et de procédure resteront en effet différentes selon que l'accusation portera sur une fraude au budget communautaire ou sur une autre infraction. Cela peut être justifié à la spécificité des infractions au budget communautaire, mais il s'agit aussi de savoir si un tel modèle pourrait être étendu à d'autres domaines et notamment à d'autres agissements portant préjudice aux intérêts propres à l'Union européenne au delà des ressources propres (le bon fonctionnement de l'administration européenne non limité aux cas de fraude, le bon fonctionnement de la justice européenne, etc.).

C'est donc au pouvoir politique que revient la tâche de mener à terme ce 'chantier ouvert' en droit pénal des affaires. Ce qu'un groupe de juristes, premiers architectes de ce projet, a pu imaginer, peut devenir à présent l'occasion d'un débat politique, première étape vers une véritable construction pénale européenne.

⁸² Parlement européen, Commission du contrôle budgétaire, Rapport sur l'indépendance, le rôle et le statut de l'Unité de coordination de la lutte antifraude (UCLAF), (Rapporteur: M. Herbert Bösch), A4-0297/98 du 22 septembre 1998.