

SOCIÉTÉ FRANÇAISE
POUR LE DROIT INTERNATIONAL

colloque
de Lille

La souveraineté
pénale
de l'Etat
au XXI^e siècle

Editions A. Pedone - 13 rue Soufflot - Paris

LES ATTEINTES AUX INTERETS FINANCIERS DE L'UNION EUROPEENNE : RÉPONSES INSTITUTIONNELLES ET RECONNAISSANCE DU POUVOIR DE PUNIR DE L'UNION

par

Jonathan BOURGUIGNON

A.T.E.R. à l'Université de Versailles Saint-Quentin

Le 12 octobre 2017, les ministres de la Justice de vingt Etats membres de l'Union européenne ont adopté, dans le cadre d'une procédure de coopération renforcée, le projet de règlement instituant un Parquet européen¹. Cette avancée dans la construction d'une Europe pénale, « historique »² selon la Commission européenne, intervient à la suite de négociations politiques particulièrement délicates. L'initiative présentait, il est vrai, tous les ingrédients d'une opposition frontale entre intérêts essentiels de l'Union et prérogatives régaliennes des Etats membres.

La création du Parquet européen marque la dernière étape en date d'un mouvement visant à assurer la protection effective des intérêts financiers de l'Union européenne. L'attention portée aux intérêts financiers, qui désignent l'ensemble des recettes, dépenses et avoirs relevant du budget de l'Union et de ses émanations³, s'est développée au fur et à mesure de l'approfondissement de la construction européenne. La notion, aussi technique que politique, a d'ailleurs été dégagée au moment du remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés⁴. Elle recouvre

¹ Conseil de l'Union européenne, « 20 Etats membres confirment la création du Parquet européen », communiqué de presse, n°580/17, 12 octobre 2017.

² Commission européenne, « Déclaration commune des commissaires Oettinger et Jourová sur l'approbation, par le Parlement européen, de la création du Parquet européen », Bruxelles, 5 octobre 2017.

³ Plus exactement, les intérêts financiers de l'Union sont définis comme « l'ensemble des recettes perçues, des dépenses exposées et des avoirs qui relèvent [...] du budget de l'Union [ou] des budgets des institutions, organes et organismes de l'Union institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés directement ou indirectement par eux » (art. 2 § 1, a de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, *JOUE* n° L 198 du 28 juillet 2017, p. 29).

⁴ Décision 70/243/CECA, CEE, Euratom du Conseil 21 avril 1970 relative au remplacement des contributions financières par des ressources propres, *JOCE* n° L 94 du 28 avril 1970, p. 19, abrogée

aujourd'hui un riche éventail de politiques publiques : le budget de l'Union s'élève désormais à près de 160 milliards d'euros pour l'exercice 2018, pour un engagement global anticipé de 1000 milliards d'euros dans le cadre financier 2014-2020⁵. Si le budget de l'Union demeure globalement en baisse et les montants négligeables (à peine 1% du revenu national brut cumulé des Etats membres⁶), les sommes en jeu restent considérables – spécialement dans un contexte d'exigence accrue de bonne gestion budgétaire.

Enjeu fondamental pour l'organisation elle-même, la protection des intérêts financiers de l'Union est également essentielle pour les Etats membres, principaux contributeurs à son budget par le biais notamment des prélèvements sur le revenu national brut⁷. Les citoyens de l'Union, bénéficiaires directs, ne sont pas en reste. La Cour des comptes européenne se présente comme la garante des « intérêts financiers des citoyens de l'Union »⁸, quand l'Office européen de lutte antifraude (« OLAF ») assure protéger « l'argent des citoyens de l'Union »⁹ ; dans une perspective purement budgétaire, le Parquet européen est promu par la Commission comme une institution (au sens générique) établie « dans l'intérêt du contribuable européen »¹⁰. Ces formules, qui visent naturellement à souligner la légitimité des politiques de l'Union en la matière, ont par ailleurs pour effet de renforcer l'idée d'une communauté d'intérêts entre l'Union, les Etats membres et les citoyens européens dans la protection des finances publiques européennes.

depuis par la décision 2014/335/UE, Euratom du Conseil du 26 mai 2014 relative au système des ressources propres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 168 du 7 juin 2014, p. 105.

⁵ La position du Conseil pour l'exercice 2018 anticipe un budget d'un montant de 158,9 milliards d'euros en engagements et de 144,4 milliards d'euros en paiements, en hausse par rapport au budget de l'UE pour 2017, Conseil de l'Union européenne, « Le Conseil adopte sa position sur le budget 2018 de l'UE et approuve une augmentation du budget 2017 » communiqué de presse, 12 juillet 2017. Le cadre financier pluriannuel pour 2014-2020, qui fixe les limites maximales annuelles pour le budget de l'Union, devrait dépasser les 960 milliards d'euros initialement prévus au vu des ajustements effectués à mi-parcours, v. le règlement (UE, Euratom) 2017/1123 du Conseil du 20 juin 2017 modifiant le règlement (UE, Euratom) 1311/2013 fixant le cadre financier pluriannuel pour la période 2014-2020, *JOUE* n° L 163 du 24 juin 2017, p. 1.

⁶ Commission européenne, « Un budget pour la stratégie Europe 2020 », communication au Parlement européen, au Comité social et économique européen et au Comité des régions, 29 juin 2011, COM(2011) 500 final, p. 7.

⁷ V. décision 2007/436/CE, Euratom du Conseil du 7 juin 2007 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOUE* n° L 163 du 23 juin 2007, p. 17. Ce type de ressources propres représentait, en 2015, 68,9 % des recettes de l'Union, v. M. Ollikainen, « Les recettes de l'Union », fiches techniques sur l'Union européenne, juin 2017, disponibles sur le site dédié du Parlement [www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/].

⁸ Klaus-Heiner Lehne, Président de la Cour des comptes européenne, Cour des comptes européenne, « Avant-propos du Président », *Rapport d'activité pour 2016*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, 48 p., p. 4. Du reste, soulignons que la formule n'est pas consacrée par les traités européens et ne correspond à aucun concept juridique opératoire. Elle n'est d'ailleurs utilisée que dans les communications de la Cour des comptes européenne (v. par exemple *Stratégie de la Cour des comptes européenne pour 2018-2020*, 2017, 10 p., disponible sur le site de la Cour [<https://www.eca.europa.eu/fr/Pages/Strategy.aspx>]).

⁹ OLAF, *Rapport 2016*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 5.

¹⁰ Commission européenne, « Déclaration commune des commissaires Oettinger et Jourová sur l'approbation, par le Conseil, de la création du Parquet européen », Bruxelles, 12 octobre 2017.

Dans cette perspective, le développement du phénomène de fraude¹¹ au budget de l'Union est observé avec une inquiétude légitime. Les recettes de l'Union, garanties de son autonomie financière, font l'objet des convoitises de nombreux groupes criminels organisés. C'est le cas des ressources propres dites « traditionnelles », en particulier des droits de douane et droits agricoles, ainsi que des ressources fondées sur la TVA, qui reposent actuellement sur le transfert à l'Union d'une part du montant perçu par les Etats membres. L'implication (ou le défaut d'implication) de ces derniers dans la lutte contre la fraude est donc déterminante. L'OLAF a par exemple découvert en 2017 que des organisations criminelles chinoises, informées des « dysfonctionnements systémiques » des douanes britanniques, utilisaient prioritairement les ports britanniques afin de faire entrer des marchandises sur le marché intérieur de manière frauduleuse¹². Les cargaisons étaient étiquetées de manière à devoir verser des droits de douane minimes, pour une perte estimée à près de 2 milliard d'euros pour les ressources de l'Union¹³.

La Commission européenne rappelle par ailleurs fréquemment que « [l]e budget de l'Union, alimenté par l'argent du contribuable, doit exclusivement financer l'application des politiques approuvées par le législateur européen »¹⁴. Il s'agit d'une référence policée aux nombreuses opérations frauduleuses touchant cette fois les dépenses de l'Union, à l'instar du détournement des Fonds structurels, fonds essentiels pour l'ensemble du spectre des politiques publiques, ou encore des fonds relevant de la Politique agricole commune. La mise en œuvre de 80% du budget de l'Union relevant *de jure* de la responsabilité conjointe de la Commission et des Etats membres, l'un comme l'autre sont appelés à un devoir de vigilance primordial. En ce sens, les Etats membres ont pour obligation de prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude aux intérêts de l'Union et celle touchant leurs propres intérêts financiers¹⁵. Naturellement, l'Union européenne n'est pas la seule organisation internationale à être confrontée à ce phénomène. L'Organisation des Nations Unies (ONU) a ainsi dû faire face à plusieurs scandales, peu médiatisés, tels celui du détournement des ressources allouées par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) à son bureau au Kenya¹⁶ ou plus récemment, l'utilisation

¹¹ La fraude doit être distinguée de l'irrégularité. Tandis que l'irrégularité désigne le « simple » non respect du droit par un opérateur économique, ayant pour effet de porter atteintes aux intérêts financiers de l'Union et fait l'objet avant tout de sanctions administratives, la fraude correspond à une irrégularité présentant un caractère intentionnel, justifiant de ce fait l'adoption de sanctions pénales.

¹² J. Rankin, « UK faces €2bn fine over Chinese imports scam, say EU investigators », *The Guardian*, 8 mars 2017.

¹³ Il s'agit d'une estimation établie dans le rapport d'enquête de l'OLAF, qui ne préjuge pas de l'analyse qu'en feront les services de la Commission. Le Gouvernement britannique a par ailleurs contesté le montant estimé, dans un contexte particulièrement sensible de négociations relatives au « Brexit ».

¹⁴ Commission européenne, « La protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives : Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 26 mai 2011, COM/2011/0293 final, § 1.

¹⁵ Art. 325 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), *JOUE* n° C 326 du 26 octobre 2012, pp. 47.

¹⁶ C. S. Wren, « UNICEF Says Fraud Cost \$10 Million », *New York Times*, 26 mai 1995.

frauduleuse des fonds du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) en Afghanistan¹⁷. La spécificité de l'Union, parmi les organisations confrontées au phénomène de la fraude, tient à l'ampleur de la réponse pénale apportée sur les plans normatif et institutionnel.

Les liens qu'entretiennent la protection des intérêts financiers de l'Union européenne et le droit pénal sont manifestes : la protection des intérêts financiers de l'Union a toujours fait figure de domaine précurseur – voire de « cheval de Troie »¹⁸ – pour la construction d'une Europe pénale, tandis que la réponse pénale apparaît comme la clé de voûte de la réalisation d'un tel objectif¹⁹. Sur le plan normatif, l'adoption de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (« Convention PIF ») et de ses Protocoles a notamment permis d'établir des règles minimales de définition des infractions pénales et des sanctions en matière de fraude²⁰. Cet ensemble d'instruments a été abrogé par une directive du 5 juillet 2017 (ci-après « directive PIF »), qui renforce le cadre pénal et fournit désormais une définition relativement extensive de la fraude²¹.

Sur le plan institutionnel, les tiraillements entre les projets véritablement « unionistes »²² et certaines propositions plus timides ont conduit à des avancées contrastées : si la création de l'OLAF et l'implication de plusieurs agences de l'Union, spécialement Europol et Eurojust, ont fourni certains résultats²³, un renforcement institutionnel demeurerait nécessaire afin de mieux lutter contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Le projet de Parquet européen, qui a surmonté les nombreux obstacles sur sa route, n'y répondra qu'en partie, tant ont

¹⁷ C. Lynch, « U.S. Watchdog: U.N. Misspent Hundreds of Millions of Dollars in Afghanistan », *Foreign Policy*, 6 octobre 2014.

¹⁸ H. Labayle, « Entre désir et réalités : quelle voie pour une répression pénale des violations du droit communautaire ? », *RMCUE*, 2003, pp. 293-303, p. 293.

¹⁹ S. Manacorda, « Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen », *RSC*, 2013, pp. 927-940, p. 927.

²⁰ Convention 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, *JOCE* n° C 316 du 27 novembre 1995, p. 49 ; Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE* n° C 313 du 23 octobre 1996, p. 2 ; Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE* n° C 221 du 19 juillet 1997, p. 12. Cet ensemble d'instruments verra ses effets prendre fin le 6 juillet 2019.

²¹ Sur ce point, v. *infra*, partie II, B, 1. Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.* note 3.

²² L'expression est employée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat français, dans son étude « Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen », 24 février 2011, Paris, La Documentation française, 2011, 138 p.

²³ Pour l'exercice budgétaire 2015, l'OLAF a recommandé le recouvrement de 888 millions d'euros, portant ainsi à plus de 3 milliards d'euros la somme totale pour la période 2010-2015. Le montant n'est qu'indicatif, puisqu'il repose en grande partie sur les notifications parcellaires des Etats membres, et qu'à l'inverse, il englobe l'ensemble des irrégularités identifiées – sans préjuger de leur caractère frauduleux. V. OLAF, *Rapport 2015*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 12. Chiffres 2010-2015 disponibles sur le site de l'OLAF [https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_fr].

été nombreux les compromis consentis afin de tempérer les craintes persistantes d'atteintes à la « souveraineté pénale » des Etats membres. Il est pourtant possible de mettre en doute l'intérêt du concept de « souveraineté pénale » en tant que prisme d'analyse de la construction institutionnelle ayant mené à la création du Parquet européen.

La notion de « souveraineté pénale » présente la particularité d'être aussi omniprésente dans les discours sur l'Europe pénale qu'elle est conceptuellement insaisissable. Du point de vue du droit international, le concept ne semble pas opératoire. Dans son acception formelle, encore prédominante en droit positif, la souveraineté se définit comme l'attribut de la puissance étatique, entendue dans un double volet de non-subordination à toute autre puissance, et de capacité exclusive de se lier soi-même ; il n'existe donc pas plus de souveraineté « pénale » qu'il existe de souveraineté monétaire ou militaire. Pourtant, le discours juridique entretient régulièrement la confusion, en « usant du vocabulaire de la souveraineté à propos des attributs du pouvoir et du contenu de la puissance »²⁴. Il est vrai que certaines traditions constitutionnelles, et notamment celle de la France, tendent à développer une conception matérielle de la souveraineté²⁵. A supposer même que l'on souhaite défendre une telle conception, soucieuse de préserver un « noyau dur » de prérogatives régaliennes – pouvoirs attachés à la qualité d'Etat et indisponibles de ce fait – il apparaît toutefois délicat de déterminer le degré d'intégration pénale qui porterait une atteinte définitive à ces prérogatives.

Ces hésitations conceptuelles sont présentes jusque dans les travaux du Conseil d'Etat, lorsque celui-ci souligne – dans une reformulation surprenante de l'arrêt *Casati* de la Cour de justice²⁶ – que le droit pénal et la procédure pénale « continuent à relever de la souveraineté des Etats membres »²⁷ ; de même, lorsqu'est évoquée par une partie de la doctrine européeniste la « régression de la souveraineté pénale »²⁸ concomitante au développement de l'espace pénal européen. Loin de la conception formelle de la souveraineté déjà évoquée, ces

²⁴ G. Cahin, « Le concept de souveraineté chez Georg Jellinek », *Grandes pages du droit international (vol. I) : Les sujets du droit international*, Paris, Pedone, 2015, pp. 83-111, p. 98. Sur l'absence de neutralité axiologique de la notion, spécialement dans les travaux relatifs à l'Union européenne, v. S. Roland, « La souveraineté », in J.-B. Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, 990 p., pp. 119-149, spéc. pp. 120-121.

²⁵ V. R. Gosalbo Bono, « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », in *A Man for All Treaties. Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 195-318, spéc. pp. 252-255.

²⁶ La Cour de justice y soulignait qu'« en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres », CJCE, *Casati*, arrêt du 11 novembre 1981, aff. 203/80, § 27, notre mise en forme ; v. aussi CJCE, *Lemmens*, arrêt du 16 juin 1998, aff. C-226/97, § 19.

²⁷ Conseil d'Etat (Ass. gén.), *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, 24 février 2011, Paris, La Documentation française, 2011, 138 p., p. 9, notre mise en forme.

²⁸ L. Potvin-Solis, « La souveraineté pénale des Etats membres de l'Union européenne », in *L'Etat dans la mondialisation*, 45^e colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Nancy du 31 mai au 2 juin 2012, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 487-535, spéc. pp. 506 et 509. V. également, G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges, (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de Législation Comparée, 2012, 336 p., ouvrage dans lequel les termes de « souveraineté pénale » et même de « souveraineté étatique », énoncés en intitulés, sont utilisés systématiquement entre guillemets.

formules semblent en réalité faire implicitement référence à la répartition des compétences répressives²⁹ entre l'Union et les Etats membres. Vu à travers ce prisme, le jeu des tensions entre intérêts de l'Union et préservation des prérogatives des Etats membres peut dès lors être observé de manière plus resserrée. En particulier, il apparaît intéressant de déterminer, dans un contexte de renforcement des réponses institutionnelles aux atteintes aux intérêts financiers de l'Union, si les Etats membres demeurent les (seuls) titulaires du « pouvoir de punir », entendu *stricto sensu*³⁰. L'enjeu, fondamental pour les Etats membres, ne l'est pas moins pour les individus dont la garantie de droits est directement affectée.

Dans cette perspective, la conjugaison de différents critères permet de fournir des éléments de réponse sur le champ et la portée d'une initiative institutionnelle en matière répressive. L'identification en premier lieu de l'objectif de l'Union visé, préside à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, ainsi que de la base juridique précise invoquée. La lutte contre la fraude³¹, si elle est visée par une disposition spécifique des traités³², s'inscrit pleinement dans le cadre de la construction d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » (« ELSJ »), objectif auquel le traité de Lisbonne accorde une place significative³³. Or, la réalisation de l'ELSJ relève des compétences partagées entre l'Union et les Etats membres³⁴. Celles-ci ne pourront être exercées par l'Union européenne que dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité³⁵, auxquels on serait tenté d'ajouter un principe de flexibilité³⁶.

²⁹ La « compétence répressive » doit être entendue ici au sens large, comme la délimitation du pouvoir juridique de définir des conduites répréhensibles dans un ordre juridique donné et d'en assurer la sanction par la poursuite de leurs auteurs et l'infliction de peines.

³⁰ L'expression désigne, dans le cadre de l'exercice de la compétence répressive déjà définie, les prérogatives de puissance publique permettant d'assurer la poursuite et le jugement de l'auteur d'une infraction pénale, notamment dans leurs aspects coercitifs. Une partie de la doctrine conçoit toutefois le terme « répressif » de manière bien plus large, comme le caractère attaché à tout pouvoir de sanction, de quelque nature que ce soit (sanctions administratives, financières *et alt.*). Dans cette perspective, non retenue, l'Union dispose naturellement déjà d'outils lui permettant d'identifier et de sanctionner elle-même les violations de son droit, tant commises par ses propres institutions que par les personnes privées et les Etats membres. V. par exemple M. Poelemans, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 754 p.

³¹ Sur la classification délicate de la lutte contre la fraude parmi les types d'intervention de l'Union, v. D. Berlin, « La lutte contre la fraude : Action ou politique de l'Union ? », in D. Berlin, F. Martucci, F. Picod, (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 255 p., pp. 37-54.

³² Art. 325 TFUE. V. également art. 287 TFUE, relatif au rôle de la Cour des comptes.

³³ Article 3 § 2 du traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE », *JOUE* n° C 326 du 26 octobre 2012, p. 13), où l'ELSJ est mentionné à la suite immédiate de l'objectif originel de l'Union de « promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples » (§ 1) et avant celui d'établir un marché intérieur (§ 3) ou une Union économique et monétaire (§ 4). V. également, sur le cadre fixé pour la construction de l'ELSJ, le titre V du TFUE (art. 67 à 89).

³⁴ Art. 4 §§ 1 et 2, j, du TFUE.

³⁵ Art. 5, §§ 3 et 4, du TUE. V. également le Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 206. S'agissant ici de compétences non exclusives de l'Union, les exigences en matière de subsidiarité seront renforcées.

L'identification ensuite, et en lien étroit avec les exigences précédemment évoquées, de la composition de l'institution créée, et du mode de prise de décision en son sein, lesquels peuvent placer le curseur à différents niveaux intermédiaires des méthodes intergouvernementales et d'intégration. L'identification de la nature de l'institution (administrative, juridictionnelle) est également déterminante, surtout lorsqu'elle est couplée avec l'examen des prérogatives de l'institution en question – du simple rôle d'articulation des pouvoirs répressifs étatiques à l'attribution, à l'institution elle-même, de prérogatives de puissance publique. Ces différents critères conjugués ne nous renseignent pas uniquement sur l'existence et l'étendue d'un pouvoir de punir dont serait titulaire l'Union même : une telle détermination est également essentielle pour le choix des formes de contrôle (juridictionnels et non juridictionnels) de l'institution, de manière à assurer la garantie des droits de l'individu.

L'analyse proposée, si elle n'épuise pas l'étude de cette vaste question, a pour objectif de dresser un bilan critique de l'ensemble institutionnel de lutte contre la fraude à un moment déterminant de sa construction. Tandis que l'ensemble existant joue un simple rôle d'appui de l'appareil répressif des Etats membres (I), l'entrée en activité du Parquet européen à l'horizon 2020 marque la reconnaissance inédite – quoique significativement limitée – d'un pouvoir de punir propre à l'Union (II).

I. L'ENSEMBLE INSTITUTIONNEL EXISTANT, APPUI DE L'APPAREIL REPRESSIF DES ÉTATS MEMBRES

La volonté de concilier les objectifs fixés par les traités en matière de lutte contre la fraude avec la préservation des prérogatives répressives des Etats membres a mené à la création de l'OLAF, organe administratif à coloration pénale (A). La répression de la fraude reste toutefois entièrement tributaire de l'action répressive des Etats membres (B).

A. L'action déterminante de l'OLAF, organe administratif à coloration pénale

Entité sans équivalent dans le système institutionnel de l'Union (1), l'OLAF est investi d'un pouvoir d'enquête administrative en lien étroit avec l'action pénale (2). Certaines dérives dans l'exercice de ses fonctions ont d'ailleurs nécessité de renforcer le contrôle de son action (3).

1. Une entité sans équivalent dans le système institutionnel de l'Union

L'OLAF, institué par une décision de la Commission en 1999³⁷, doit son existence au rôle dévolu par les traités à cette dernière en matière de lutte contre

³⁶ Ce principe a joué notamment un rôle majeur dans la création du Parquet européen, initié sur la base d'une coopération renforcée. Pour une conceptualisation de ce principe, v. C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Lexisnexis, 2016, 922 p., pp. 478 et s.

³⁷ Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom, de la Commission du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 20, telle que modifiée par

la fraude. La Commission, gardienne des traités³⁸, est en effet chargée d'assurer l'exécution du budget dans des conditions de bonne gestion financière. Elle rend compte de son activité de lutte contre la fraude devant le Parlement et le Conseil³⁹. Ce sont précisément les défaillances de la Commission dans cette mission qui ont poussé le Parlement européen à envisager le remplacement de l'ancienne *task force* « Coopération de la lutte antifraude » par un organe administratif indépendant : alors que se multipliaient les allégations de fraude, de mauvaise gestion et de népotisme à l'encontre de différents commissaires, il n'apparaissait plus envisageable de laisser à la Commission elle-même la charge de détecter et sanctionner les opérations de fraude au budget de l'Union⁴⁰.

Créé dans la précipitation pour répondre à une crise inédite, l'OLAF est résolument une entité « institutionnellement singulière »⁴¹. Rattaché administrativement à la Commission, dont il constitue un organe subsidiaire, il agit en toute indépendance de celle-ci et plus largement de l'ensemble des institutions de l'Union⁴². Formellement, l'OLAF exerce pourtant en partie des compétences dévolues par les traités à la Commission elle-même⁴³. Ses fonctions allient éléments stratégiques (participation à l'élaboration des politiques antifraude) et opérationnels (réalisation d'enquêtes administratives). Le choix de charger un organe indépendant de réaliser des enquêtes *administratives* n'est certainement pas innocent. Il poursuit l'objectif d'assurer le recueil des preuves des activités illégales nécessaire à une lutte effective contre la fraude, tout en respectant les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁴⁴. L'application de ces principes est loin de relever de la pure technique juridique. Elle est en effet fortement perméable à la conception, nécessairement subjective et évolutive, que se font les Etats membres de la fraction intransmissible de (l'exercice de) leur pouvoir juridique. La lutte contre la fraude n'y fait pas exception, même dans un domaine où la question de la « valeur ajoutée » de l'action de l'Union ne fait aucun doute⁴⁵. Pour faciliter sa tâche, l'OLAF est autorisé à organiser

différentes décisions successives de la Commission (décisions UE 2013/478, 2015/512 et 2015/2418 de la Commission).

³⁸ V. respectivement Art. 17, § 1, du TUE et art. 317 du TFUE.

³⁹ Art. 325, § 5, du TFUE.

⁴⁰ Sur cet événement important, v. S. Rodrigues, « Quelques réflexions juridiques à propos de la démission de la commission européenne », *RMCUE*, 1999, n° 430, pp. 472-483.

⁴¹ D. Berlin, F. Martucci, F. Picod, « Introduction », in *La fraude...*, *op. cit.* note 31, p. 11.

⁴² Art. 3 de la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom, de la Commission, *op. cit.* note 37.

⁴³ V. notamment le règlement (Euratom, CE) n° 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 les fraudes et autres irrégularités, *JOCE* n° L 292 du 15 novembre 1996, p. 2.

⁴⁴ Ce que confirme le préambule (considérant n° 49) du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil, *JOCE* n° L 248 du 18 septembre 2013, p. 1.

⁴⁵ Evaluant la mise en œuvre du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, la Commission a souligné encore récemment que l'OLAF « effectu[e] des tâches spécifiques au niveau de l'UE qui ne peuvent être réalisées au niveau national », en écartant par conséquent l'examen de la valeur ajoutée de l'Office. La Commission semble toutefois se contredire lorsqu'elle affirme un peu plus loin que « la

directement des relations de coopération avec de nombreuses institutions de l'Union. S'agissant des enquêtes nécessitant l'assistance de partenaires hors du territoire de l'Union, l'Office a également conclu des accords administratifs avec de très nombreux États non membres et organisations internationales telles que l'Union africaine ou la Banque mondiale⁴⁶. Ces arrangements ajoutent à la singularité de l'OLAF ; en effet, la Commission conclut en principe elle-même les accords nécessaires à l'exercice de ses compétences par ses différentes directions générales.

Entité singulière dans le système institutionnel de l'Union, l'OLAF semble d'ailleurs ne connaître aucun équivalent au sein d'autres organisations internationales. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer par exemple les réponses institutionnelles à la fraude adoptées par l'Organisation des Nations Unies (ONU). La lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Organisation y est assurée de manière relativement rudimentaire et ineffective, comme l'atteste un rapport récent du Corps commun d'inspection des Nations unies⁴⁷. Seuls certains organes de contrôle interne rattachés au Bureau des affaires juridiques (*Office of Legal Affairs*, « OLA ») sont habilités à détecter les cas de fraude et à procéder à des enquêtes, *ex officio* ou à la suite d'une transmission d'informations d'une émanation de l'Organisation. En outre, ils s'intéressent avant tout aux accusations visant les fonctionnaires et agents onusiens, et non à l'ensemble des atteintes aux intérêts financiers de l'ONU. En toute hypothèse, ils ne disposent aucunement de pouvoirs d'enquête aussi étendus que ceux de l'OLAF.

2. Des pouvoirs d'enquête en lien étroit avec l'action pénale

Afin d'assurer l'effectivité de la lutte contre la fraude, l'Office se voit attribuer la fonction cruciale de réaliser des enquêtes administratives « destinées à lutter contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »⁴⁸.

valeur ajoutée des enquêtes de l'OLAF a été confirmée par les résultats de la consultation des acteurs nationaux et de l'Union », Commission européenne, « Evaluation de l'application du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) », rapport de la Commission au Parlement et au Conseil, 2 octobre 2017, COM/2017/0589 final, respectivement §§2 et 3.

⁴⁶ OLAF, « Administrative Cooperation Arrangements (ACAs) with partner authorities in non-EU countries and territories and counterpart administrative investigative services of International Organisations », à jour en date du 1^{er} avril 2017, disponible en anglais sur le site de l'OLAF [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/list_signed_acas_en.pdf]. Ces accords se fondent sur l'art. 14 du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 précité.

⁴⁷ Corps commun d'inspection des Nations Unies, *Prévention, détection et répression de la fraude dans les organismes des Nations Unies*, doc. JIU/REP/2016/4, Genève, Nations Unies, 2016, 136 p.

⁴⁸ Art. 1^{er} § 4 du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, *op. cit.* note 44. Cette conception extensive des fonctions de l'OLAF est encore accentuée dans le préambule du règlement, qui précise que la responsabilité de l'Office concerne également « au-delà de la protection des intérêts financiers, l'ensemble des activités liées à la sauvegarde d'intérêts de l'Union contre des comportements irréguliers susceptibles de poursuites administratives ou pénales » (considérant n° 6).

Celles-ci peuvent être effectuées tant au sein des institutions de l'Union (enquêtes internes) que dans les Etats membres (enquêtes externes)⁴⁹, le cadre procédural variant partiellement selon le type d'enquête. Un large spectre d'institutions est susceptible de faire l'objet d'une enquête de l'Office. Une enquête interne peut ainsi en théorie viser n'importe quelle institution ou agent de l'Union – jusqu'au président de la Commission⁵⁰ – et le rapport d'enquête avoir de lourdes conséquences aux plans politique et judiciaire pour les personnes contre lesquelles des éléments ont été rassemblés⁵¹. Les enquêtes peuvent par ailleurs toucher tout opérateur économique soupçonné de fraude au budget de l'Union européenne, même si celui-ci est établi hors de l'Union. Le cadre de cette étude justifie cependant de s'intéresser principalement aux enquêtes externes ; c'est en effet dans ce contexte spécifique qu'il est possible de déterminer si l'action de l'OLAF constitue ou non un empiètement sur les prérogatives répressives des Etats membres.

Si le développement du droit de l'Union confirme que la matière pénale n'est plus le « domaine sanctuarisé des Etats membres »⁵², les législateurs européens ont toujours exclu d'aller jusqu'à attribuer à l'OLAF des pouvoirs d'enquête pénale, caractéristiques évidentes de l'exercice de prérogatives de puissance publique. L'Office est ainsi habilité à effectuer tout contrôle et vérification sur place, y compris en accédant aux informations pertinentes détenues par l'entité visée, mais ne bénéficie à cet effet d'aucun pouvoir coercitif⁵³. L'engagement éventuel de poursuites pénales relève par ailleurs entièrement des Etats membres (v. *infra*, B. 2). Pour autant, l'intervention de l'Office semble s'inscrire dans un cadre global de répression de la fraude, dans lequel les prérogatives de nature administrative et pénale s'entremêleraient, jusqu'à questionner l'étanchéité de leur séparation.

En premier lieu, les Etats membres doivent contribuer, si nécessaire par le biais de leurs autorités répressives, policières ou judiciaires, au bon déroulement des enquêtes de l'OLAF. De manière générale, ils doivent prêter assistance aux enquêteurs de l'Office et désigner un service chargé de faciliter la coopération et l'échange d'informations avec celui-ci ; les autorités répressives des Etats membres peuvent d'ailleurs être consultées par l'OLAF au moment de décider l'ouverture d'une enquête externe, et fournir le résultat de leurs propres constatations⁵⁴. Lors de l'exécution des mesures d'enquête, les Etats membres ont pour obligation d'apporter le concours nécessaire au personnel de l'OLAF, y

⁴⁹ Art. 2 de la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom, de la Commission, *op. cit.* note 37.

⁵⁰ C'est du moins l'affirmation de Lothar Kuhl, haut-fonctionnaire à l'OLAF (L. Kuhl, « Les pouvoirs d'enquête de l'OLAF », in F. Ruggieri, (dir.), *La protection des intérêts financiers de l'Union et le rôle de l'OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprises et admissibilité mutuelle des preuves*, Actes des journées d'études de Inverigo (Como), Bruxelles, Bruylant, 2005, 260 p., pp. 87-94, p. 90.

⁵¹ C'est ce qu'illustre l'affaire dite « John Dalli », v. *infra* point c.

⁵² C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* note 36, p. 453.

⁵³ Art. 3 du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, *op. cit.* note 44. Dans son rapport d'évaluation de 2017, la Commission souligne justement que le règlement « ne fournit pas à l'OLAF les outils nécessaires pour exercer ses pouvoirs en cas de refus ou d'obstruction de la part de personnes concernées par l'enquête ou de témoins », *op. cit.* note 45, § 3.

⁵⁴ Art. 3, respectivement §§ 3, 4 et 6, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013.

compris en prenant les mesures conservatoires nécessaires à la préservation des preuves⁵⁵. L'Etat membre se voit ici contraint de pallier l'absence de pouvoir coercitif de l'Office. Ces éléments soulignent le lien permanent existant entre les enquêtes administratives et l'action des autorités des Etats membres, y compris répressives. En pratique, il semblerait que les autorités étatiques se fassent parfois organes d'exécution des fonctions de l'OLAF. L'ambiguïté caractérisant ces rapports institutionnels est illustrée de manière notable dans l'arrêt *Tillack c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour a ainsi considéré que les perquisitions litigieuses réalisées par les autorités belges avaient pour objet de « trouver *pour le compte* de l'OLAF le responsable de la divulgation des informations confidentielles »⁵⁶. Dans d'autres situations, l'OLAF et les autorités répressives des Etats membres agissent de concert plutôt que de manière successive⁵⁷.

En second lieu, les rapports établis par l'Office à la suite d'une enquête présentent une forte coloration pénale. Elaborés sous l'autorité de son directeur général, ces rapports ont pour objet de « faire le point » non seulement sur « la base juridique de l'enquête, les phases procédurales qui ont été suivies » mais également sur « les faits constatés et leur qualification juridique préliminaire »⁵⁸. En pratique, l'OLAF identifie très fréquemment lui-même les dispositions de droit pénal matériel de l'Etat membre concerné qui lui semblent devoir s'appliquer aux faits. Le rapport est de surcroît accompagné des recommandations du directeur général sur les suites qu'il convient ou non de donner à l'enquête ; celles-ci peuvent inclure « des mesures disciplinaires, administratives, financières et/ou *judiciaires* que doivent prendre [...] les autorités compétentes des Etats membres concernés »⁵⁹. Dès lors, le rapport d'enquête de l'OLAF apparaît souvent crucial à l'exercice de la répression de la fraude par les Etats membres⁶⁰. A titre secondaire, la sociologie interne de l'OLAF témoigne de l'environnement « répressif » dans lequel évolue son personnel. Giovanni Kessler, directeur général de 2010 à 2017, est procureur de carrière, et la grande majorité des enquêteurs recrutés provient des services répressifs des Etats membres.

Considérer que l'OLAF constitue une « police financière », comme cela est parfois affirmé⁶¹, relève néanmoins de l'abus de langage. Dans un sens usuel, la

⁵⁵ Art. 7, respectivement §§ 3 et 7, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013.

⁵⁶ Cour EDH, 2^e section, *Tillack c. Belgique*, arrêt du 27 novembre 2007, req. n° 20477/05, notre mise en forme. Pour de plus amples développements, v. *infra*, alinéa c.

⁵⁷ Pour des illustrations concrètes de cette action simultanée, v. L. Kuhl, « Les négociations pour un Parquet européen : un organe d'enquête et de poursuite européen pour la lutte antifraude dans l'Union européenne, ou un deuxième acteur de coordination judiciaire ? », *RSC*, 2017, pp. 41 et s.

⁵⁸ Art. 11, § 1, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, *op. cit.* note 44.

⁵⁹ *Ibid*, notre mise en forme. Notons l'emploi maladroit du verbe « devoir », inopportun étant donné l'absence d'obligation des Etats membres de suivre les recommandations de l'OLAF (v. *infra*, B. 1).

⁶⁰ V. en ce sens, E. Chevalier, « Les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse de l'Union », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2nd éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 201-218, spéc. p. 210.

⁶¹ V. entre autres le rapport d'information très critique de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, présenté par R. André, « Les dérives de l'Office européen de lutte anti-fraude.

notion fait généralement référence aux services de police judiciaire et n'est pas pertinente au vu des développements précédents. Outre que l'action de l'OLAF ne s'inscrit pas organiquement dans un véritable système européen de justice pénale, il manque à l'Office l'exercice d'un pouvoir de contrainte physique. Entendue par référence à une fonction de police administrative, la notion ne semble pas plus opportune ; si l'existence d'un « ordre public européen » est envisageable, le rôle de l'OLAF n'est pas uniquement préventif ; il prend en partie pour cadre la suspicion de la commission d'infractions⁶². Les fonctions de l'Office peuvent être davantage rapprochées de l'activité de *policing*, au prix d'une interprétation souple du concept⁶³ : l'OLAF est en effet qualifiable de service agissant pour le bien commun européen, dont les fonctions impliquent un certain degré de contrainte – certes non physique, mais juridique – sur les Etats membres, soumis à différentes obligations de comportement à son égard. En toute hypothèse, il est manifeste que les pouvoirs d'enquête de l'OLAF sont significatifs⁶⁴. La conduite et les conclusions des enquêtes diligentées par l'Office, même dénuées de caractère pénal, peuvent directement affecter les droits des individus concernés. Pour cette raison, le contrôle de l'action de l'OLAF a dû faire l'objet de renforcements progressifs.

3. Le renforcement progressif du contrôle de l'action de l'OLAF

L'encadrement de l'action de l'OLAF s'effectue par plusieurs moyens complémentaires, normatifs et institutionnels, qui peuvent être résumés de la manière suivante : les enquêteurs de l'Office agissent dans le respect des droits de l'individu, sous l'autorité du directeur général ; les enquêtes sont soumises au contrôle régulier d'un Comité de surveillance, composé de cinq membres indépendants issus de hautes fonctions judiciaires ou d'enquête⁶⁵. Une telle synthèse est toutefois loin de traduire les équilibres subtils dégagés au fil du temps entre différentes exigences potentiellement contradictoires ; l'équilibre d'une part, entre l'exigence d'indépendance fonctionnelle de l'Office et le besoin impérieux d'un « gardien du gardien », à même de protéger les institutions de l'Union et les Etats membres de toute action *ultra vires* de l'Office ; l'équilibre d'autre part, entre l'exigence d'efficacité des enquêtes et la nécessité d'un cadre procédural rigoureux afin d'assurer la garantie des droits.

L'urgence d'une réforme de la 'police financière' de l'Europe : qui gardera les gardiens ? », n° 1533, 8 avril 2004.

⁶² Dans un sens étroit, la police administrative est généralement définie comme l'« activité administrative dont l'objet est d'assurer l'ordre public, celui-ci étant compris matériellement, par son contenu, et réduit essentiellement à ses buts de sécurité, tranquillité et salubrité publiques », E. Picard, « Police », in D. Alland et S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p., p. 1163. Cette définition ne constitue cependant que le point de départ de la réflexion de l'auteur. V. dans le même sens « Police » in M. Touzeil-Divina, *Dictionnaire de droit public interne*, Paris, Lexisnexis, 2017, 579 p., pp. 365-366.

⁶³ V. J. de Maillard, « Police », in F. Hervouët, P. Mbongo et C. Santulli, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, Paris, Berger-Levrault, 2014, 990 p., pp. 715-717, spéc. p. 717.

⁶⁴ V. *contra*, L. Kuhl, « Les pouvoirs d'enquête de l'OLAF », *op. cit.* note 50, qui estime que ces pouvoirs sont « extrêmement réduits » (p. 89). Notons toutefois que l'appréciation précède l'adoption du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013.

⁶⁵ Respectivement art. 9, 17 et 15 du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013.

La série de controverses ayant touché l'OLAF au cours des années 2000 fournit une illustration remarquable des graves difficultés rencontrées dans le contrôle de son action et partiellement surmontées depuis lors. Le fait que ces difficultés aient concerné avant tout des enquêtes internes n'enlève rien à leur intérêt pour comprendre l'enjeu général du contrôle de l'action de l'OLAF – exception faite de l'affaire « Eurostat », dans son volet principal⁶⁶. Ces difficultés sont de divers ordres, mais présentent toutes un lien plus ou moins étroit avec l'enjeu crucial de la garantie des droits de l'individu. On songe notamment à la question de l'imputabilité des actes de l'Office et partant à l'éventuel engagement de sa responsabilité. L'OLAF ne disposant pas de la personnalité juridique, seules deux hypothèses semblent pouvoir être envisagées par l'individu lésé par une enquête de l'Office : agir contre les autorités de l'Etat membre, si celui-ci a par exemple fait siennes les conclusions d'une enquête irrégulière de l'Office⁶⁷ ; ou agir contre la Commission, pour les actes imputables au personnel de l'Office même. Dans l'affaire *Kalliopi Nikolaou*, la victime d'une « fuite » d'informations contenant des données à caractère personnel lors d'une enquête de l'OLAF a ainsi exercé un recours en indemnité contre la Commission devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE)⁶⁸. Le Tribunal, estimant qu'une partie des informations divulguées n'avait pu émaner que d'un membre du personnel de l'Office, condamna la Commission à payer à la requérante une indemnité au titre du préjudice moral subi par l'atteinte à sa réputation. L'affaire aura par ailleurs permis de revenir sur la question cruciale de l'étendue de la protection des droits de la défense garantie aux personnes concernées par une enquête de l'OLAF⁶⁹. Cet enjeu est également au cœur de l'affaire *Franchet et Byk*, dans laquelle il était reproché à l'OLAF d'avoir manqué à son devoir d'informer les personnes mises en cause par une enquête, et d'avoir porté atteinte à la présomption d'innocence. La Commission fut condamnée – cette fois lourdement – par le TPICE à la réparation du préjudice moral subi, confirmant ainsi les profondes lacunes entachant les procédures d'enquête OLAF⁷⁰. L'inaptitude du Comité de surveillance à assurer sa fonction de contrôle n'en fut que plus manifeste. L'affaire *Dalli*, prenant pour théâtre la démission du commissaire John Dalli en 2012, porta un coup supplémentaire à la crédibilité de l'OLAF, son directeur général étant accusé d'avoir organisé des écoutes téléphoniques illégales⁷¹.

⁶⁶ L'affaire dite « Eurostat » est en effet centrée sur des enjeux interinstitutionnels au sein de l'Union, même si elle a connu certaines répercussions judiciaires dans les Etats membres. Dans le volet principal de l'affaire, l'Office s'est vu reprocher ne pas avoir communiqué les avancées de l'enquête relative au service de statistique européen (direction générale de la Commission), alors que les allégations étaient connues depuis longtemps par l'Office à la suite des dénonciations d'un fonctionnaire européen. V. sur ce point P. Van Buitenen, *Fraudes à la Commission européenne*, Paris, Castells, 2000, 285 p.

⁶⁷ V. nos développements sur l'affaire *Tillack c. Belgique* (Cour EDH), *infra* point B, 2.

⁶⁸ TPICE, *Kalliopi Nikolaou c. Commission*, arrêt du 12 décembre 2007, T-259/03.

⁶⁹ *Ibid.*, spéc. §§ 239 et s.

⁷⁰ TPICE (3^e chambre), *Franchet et Byk c. Commission*, arrêt du 8 juillet 2008, T-48/05.

⁷¹ J.-P. Stroobants, « A Bruxelles, l'affaire Dalli rebondit et éclabousse un haut fonctionnaire », *Le Monde*, 11 mars 2016. La Commission a par la suite accepté de lever l'immunité diplomatique dont bénéficiait le directeur général de l'OLAF, afin qu'il puisse être entendu par la justice belge dans une

Les différentes affaires évoquées montrent que l'OLAF, soumis à un contrôle lacunaire, peut être tenté d'adopter des mesures d'enquête semblables à celles d'une autorité répressive nationale (ou du moins présentant un risque similaire en termes d'atteinte aux droits de l'individu), sans pour autant être soumis à un contrôle de même nature et de même intensité. Il était donc primordial que le Parlement et le Conseil entament des négociations afin de renforcer le cadre procédural de l'OLAF. Celles-ci ont abouti en 2013 à un réaménagement du cadre procédural des enquêtes, après près de dix ans de discussions⁷². Les modalités selon lesquelles l'Office exerce ses fonctions d'enquête sont désormais formulées avec davantage de précision. Certaines définitions ont été modifiées par souci de clarté (« irrégularités »), d'autres ajoutées, notamment afin de préciser les personnes et institutions pouvant faire l'objet d'une enquête (« personne concernée »)⁷³. Le règlement contient également des garanties procédurales améliorées, fondées en particulier sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁴. Enfin, le Comité de surveillance a vu son fonctionnement évoluer⁷⁵. Un rapport récent de la Commission souligne les progrès réalisés grâce à ce nouveau cadre, tout en regrettant l'absence persistante de pouvoirs coercitifs attribués à l'OLAF⁷⁶. Il s'agit cependant d'un choix délibéré des législateurs européens ; plus largement, l'ensemble institutionnel de lutte contre la fraude reste tributaire de l'action répressive des Etats membres.

B. Un ensemble institutionnel tributaire de l'action répressive des Etats membres

A défaut de police européenne ou d'organe judiciaire pénal européen, l'intervention de l'OLAF doit s'appuyer sur Europol et Eurojust, réseaux de coopération interétatiques (1), et ne peut connaître d'issue pénale que dans la mesure où les Etats membres décident, de manière discrétionnaire, d'engager des poursuites (2).

1. L'appui nécessaire d'Europol et Eurojust, simples réseaux de coopération interétatiques

Comment favoriser la répression pénale des infractions intéressant plus d'un Etat membre, sans pour autant abandonner l'exercice de prérogatives régaliennes

affaire connexe. Celui-ci a exercé un recours contre la Commission ; l'affaire est pendante devant la Cour de justice au moment d'écrire ces lignes.

⁷² V. règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 *op. cit.* note 44, ainsi que le rapport d'évaluation de son application en date du 2 octobre 2017, *op. cit.*, note 45.

⁷³ Art. 2, §§ 2 et 5, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013.

⁷⁴ Outre l'art. 9 du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, v. OLAF, « Lignes directrices sur les procédures d'enquête à l'intention du personnel de l'OLAF », 1^{er} octobre 2013, spéc. §§ 8.6, 19.3, 20.1, 20.2 et 21.2.

⁷⁵ Sur ce dernier point, v. également le règlement (UE, Euratom) 2016/2030 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 en ce qui concerne le secrétariat du comité de surveillance de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JOUE n° L 317 du 23 novembre 2016, p. 1.

⁷⁶ Commission européenne, « Evaluation de l'application du règlement... », 2 octobre 2017, *op. cit.* note 45.

à une entité supranationale ? Cette préoccupation transparait dans la construction progressive d'Europol et d'Eurojust, tant dans leur composition que dans l'évolution de leur statut, sans oublier bien sûr leurs fonctions et les modalités d'exercice de celles-ci. Le renforcement graduel de ces deux institutions-clé, dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, n'a globalement pas remis en cause la logique voulant qu'elles demeurent de simples outils de coopération entre Etats membres. En ce sens, l'impératif de lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union n'a pour l'instant justifié aucune exception à cette approche générale bien ancrée.

Créé en 1995 dans la foulée du traité de Maastricht, Europol était initialement pensé comme un simple forum de discussion entre services de police, cantonné à la lutte contre le trafic de stupéfiants. L'entité a cependant vu ses missions et son statut évoluer afin de répondre au besoin impérieux d'institutionnaliser la coopération entre les autorités de police des Etats membres. Il aura toutefois fallu attendre près de quinze ans avant qu'Europol se voie reconnaître le statut d'« agence de l'Union européenne » pour la coopération des services répressifs⁷⁷. Elle bénéficie à ce titre de la personnalité juridique et de moyens financiers et humains plus importants, même si ceux-ci demeurent modestes au vu des objectifs fixés⁷⁸. Conformément au principe de subsidiarité, Europol est ainsi amené à « appuyer » et « renforcer » l'action des services répressifs des Etats membres dans la lutte contre les formes de « criminalité grave affectant deux ou plusieurs Etats membres, [le] terrorisme et [l]es formes de criminalité qui portent atteinte à un intérêt commun qui fait l'objet d'une politique de l'Union »⁷⁹. Ce champ d'action, élargi par le traité de Lisbonne, intègre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, visées désormais expressément⁸⁰.

A cet effet, Europol est chargé de missions de type informationnel (collecter, traiter et échanger des informations) et opérationnel (organisation et appui des enquêtes). S'agissant de ce second volet, il est intéressant de noter que le règlement (UE) entré en vigueur en 2017 charge Europol de « coordonner, organiser et réaliser des enquêtes et des actions opérationnelles », en contraste avec le cadre juridique précédent la maintenant dans un rôle d'impulsion et de coordination des enquêtes étatiques⁸¹. La formule, très peu commentée, pourrait

⁷⁷ Conseil de l'Union européenne (JAI), décision 2009/371/JAI du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police, *JOUE* n° L 121 du 15 mai 2009, p. 37, abrogée à compter du 30 avril 2017.

⁷⁸ Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, *JOUE* n° L 135 du 24 mai 2016, p. 53.

⁷⁹ Art. 88, § 1, du TFUE, repris presque textuellement à l'art. 3, § 1, du règlement (UE) 2016/794, *op. cit.* note 78. On notera que le règlement qualifie ces éléments d'« objectifs », là où le traité évoquait la « mission » d'Europol. La confusion est d'autant plus importante que le règlement (UE) 2016/794 vient ensuite préciser les « missions » de l'agence (art. 4), qui correspondent aux fonctions précises attribuées à l'agence.

⁸⁰ « Liste des formes de criminalité visées à l'article 3 § 1 », règlement (UE) 2016/794 précité, annexe I. Le cadre précédent, établi par la décision 2009/371/JAI du 6 avril 2009, évoquait indistinctement l'« escroquerie et [la] fraude » ainsi que la « corruption », sans les lier aux intérêts financiers de l'Union.

⁸¹ Art. 4 § 1. c, règlement (UE) 2016/794, *op. cit.* note 78, notre mise en forme.

être interprétée comme attribuant à Europol un pouvoir d'enquête pénal, en prenant appui sur une formule similaire consacrée par le traité de Lisbonne⁸². L'expression d'« enquête pénale » est toutefois exclusivement employée pour désigner les enquêtes réalisées par les Etats membres eux-mêmes à la demande de l'agence, les mesures opérationnelles de l'agence étant simplement qualifiées d'« enquêtes » sans plus de précision⁸³. L'ambiguïté n'est que partiellement levée lorsqu'il est précisé qu'« Europol n'applique pas de mesures coercitives dans l'exercice de ses missions »⁸⁴, car les missions de l'agence dépassent désormais manifestement le seul objectif de prévention affiché. On pourra objecter qu'en toute hypothèse, l'agence s'appuie entièrement sur le personnel des services répressifs étatiques : d'une part, un réseau d'unités nationales établies dans chaque Etat membre, d'autre part, des officiers de liaison, qui constituent les bureaux nationaux de liaison auprès d'Europol. Le renforcement des prérogatives d'Europol ne remet donc pas en cause son (simple) rôle de « prestataire de services et de plateforme » à disposition des Etats, tel que rappelé par le programme de Stockholm⁸⁵.

La construction d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice »⁸⁶ nécessite naturellement que la coopération entre services répressifs connaisse un pendant institutionnel en matière judiciaire. D'abord créée sous une forme primitive en 1999 lors du Conseil européen de Tampere, Eurojust a été instituée par une décision du Conseil de 2002 en tant qu'organe de l'Union. De la même manière qu'Europol, les missions et le statut d'Eurojust ont ensuite évolué afin de répondre à l'évolution des besoins identifiés par les Etats membres⁸⁷. Les infractions touchant aux intérêts financiers de l'Union ont cependant été intégrées à la compétence matérielle d'Eurojust dès sa création, contrairement à Europol⁸⁸. Elle est amenée à devenir prochainement l'agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale, dans le cadre du renforcement de ses prérogatives ouvert par le traité de Lisbonne⁸⁹. En attendant, Eurojust demeure un outil institutionnel perfectionné et utile, mais dont le rôle

⁸² « Ces tâches peuvent comprendre [...] la coordination, l'organisation et la réalisation d'enquêtes et d'actions opérationnelles, menées conjointement avec les autorités compétentes des Etats membres ou dans le cadre d'équipes conjointes d'enquête » (art. 88 § 2, b TFUE).

⁸³ Comp. en ce sens les art. 6 et 7 du règlement (UE) 2016/794, *op. cit.* note 78.

⁸⁴ Art. 4, § 5, *ibid.*

⁸⁵ « Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » *JOUE* n° C 115 du 4 mai 2010, p. 1.

⁸⁶ Art. 67, § 1, du TFUE.

⁸⁷ Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOUE* n° L 138 du 4 juin 2009, p. 14.

⁸⁸ V. *mutatis mutandis* l'art. 4, § 1, b, de la décision 2002/187/JAI du Conseil (version initiale), qui visait « toute infraction pénale touchant aux intérêts financiers de la Communauté européenne ». Désormais, la compétence matérielle d'Eurojust est calquée sur celle d'Europol (art. 4, § 1, a, de la décision, telle qu'amendée en 2009).

⁸⁹ V. Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) », 17 juillet 2013, COM(2013) 535 final, encore en cours de discussion au moment où cette intervention a été préparée.

est entièrement dévolu au soutien et à la coordination des enquêtes et des poursuites étatiques⁹⁰. Bien que dotée d'un Collège bénéficiant d'une certaine autonomie et d'un pouvoir d'initiative, sa composition reste de nature intergouvernementale et son action soumise à un contrôle essentiellement étatique. L'adoption du règlement en discussion, à défaut de faire d'Eurojust un « pouvoir judiciaire européen »⁹¹, pourrait permettre d'étendre ses attributions, en particulier en lui permettant de déclencher une enquête pénale dans un Etat membre et de proposer l'engagement de poursuites par les autorités d'un Etat membre⁹². De telles attributions, même non contraignantes, sont déterminantes dans la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union ; elles permettent de pallier les difficultés soulevées par la liberté des Etats membres en matière de poursuites pénales, en attendant l'entrée en activité du Parquet européen.

2. La liberté des Etats membres d'initier ou non des poursuites pénales

Dans la configuration institutionnelle actuelle, les efforts combinés de l'OLAF, d'Europol et d'Eurojust sont condamnés à rester vains sans l'intervention de l'appareil répressif d'un Etat membre. Certes, les Etats membres ont pour obligation d'assurer la protection effective des intérêts financiers de l'Union et de combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union de la même manière qu'ils sanctionnent les atteintes à leur propres intérêts financiers⁹³. Une telle exigence n'implique toutefois pas l'adoption systématique de mesures pénales. Même dans ce dernier cadre, elle n'impose aucunement à l'Etat membre d'initier des poursuites sur la base des informations transmises par Europol ou Eurojust, ou en s'appuyant sur les conclusions d'une enquête conduite par l'OLAF. Les différentes obligations, déjà évoquées, pesant sur les Etats membres dans le cadre des enquêtes administratives de l'Office n'ont ainsi aucune pertinence au stade du déclenchement éventuel de poursuites pénales. De la même manière, les recommandations de l'Office adressées aux Etats membres et précisant les suites pénales souhaitables ne lient pas les autorités nationales auxquelles elles sont adressées, comme l'a confirmé le TPICE dans son arrêt *Tillack*⁹⁴. Préciser,

⁹⁰ Dans une formule très similaire à celle employée s'agissant d'Europol, l'art. 85, § 1, du TFUE dispose que « [l]a mission d'Eurojust est d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs Etats membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes [...] ».

⁹¹ Comme l'explique J. Montain-Domenach, « à défaut de création d'un pouvoir judiciaire européen, la perspective d'un espace pénal européen ne [pouvait] emprunter que d'autres voies, susceptibles de faciliter une adhésion des Etats membres », J. Montain-Domenach, « Le droit de l'espace judiciaire pénal européen : un nouveau modèle juridique ? », *Cultures & Conflits*, 2006, vol. 62, pp. 149-168, p. 153.

⁹² V. Art. 85, § 1, a, du TFUE. La proposition précitée de la Commission envisage uniquement la seconde attribution (*op. cit.* note 89, art. 4 § 2, a de la proposition).

⁹³ Art. 325, §§ 1-2, du TFUE.

⁹⁴ Selon le Tribunal, les autorités judiciaires nationales « demeurent libres, dans le cadre de leurs pouvoirs propres, d'apprécier le contenu et la portée desdites informations et, partant, les suites qu'il convient, le cas échéant, d'y donner », TPICE, *Tillack c. Commission*, arrêt du 4 octobre 2006, T-193/04, §§ 69-70. Bien que l'affirmation prenne pour cadre une enquête interne, en application du règlement de 1999 abrogé depuis, elle s'applique *mutatis mutandis* au cadre procédural existant,

comme le fait le règlement de 2013, que les enquêtes de l'OLAF « n'affectent pas le pouvoir des autorités compétentes des États membres d'engager des poursuites pénales »⁹⁵ relève donc de l'euphémisme : la décision d'engager des poursuites contre les auteurs de fraude relève d'un pouvoir manifestement discrétionnaire et également exclusif de l'État membre concerné. L'OLAF, pensé uniquement comme l'interface des mécanismes de sanction nationaux, se distingue en ce sens d'autres organes d'enquête de la Commission possédant un pouvoir – certes non pénal – d'exécution directe, à l'instar de la direction générale de la concurrence⁹⁶. La liberté de l'État membre d'initier des poursuites pénales contre les auteurs de fraude au budget de l'Union emporte différentes conséquences juridiques et factuelles.

Sur un plan purement juridique, cette liberté joue un rôle déterminant dans l'articulation des responsabilités entre la Commission et l'État membre pour les actes commis par l'OLAF. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre pour exemple l'affaire *Tillack*, déjà évoquée brièvement. En l'espèce, les locaux bruxellois d'un journaliste correspondant de l'hebdomadaire *Stern*, Hans-Martin Tillack, ont été perquisitionnés par les services de police belges, dans le cadre d'une enquête de l'OLAF pour corruption de fonctionnaires européens. L'OLAF soupçonnait le journaliste allemand d'avoir obtenu des informations sur ses enquêtes internes moyennant le versement de pots-de-vin et avait sollicité en ce sens l'intervention des autorités belges. L'affaire est remarquable en ce qu'il a été établi par la suite, par le médiateur européen, que l'enquête de l'OLAF n'était fondée que sur de simples rumeurs ; l'Office avait d'ailleurs aggravé l'atteinte portée à la réputation du journaliste en se défendant sur la base de « déclarations incorrectes et fallacieuses »⁹⁷. Saisi par M. Tillack, le TPICE a pourtant refusé d'envisager la responsabilité de la Commission, en considérant par ailleurs que seul « le comportement des autorités judiciaires nationales qui ont décidé, dans le cadre de leurs prérogatives propres, d'ouvrir une procédure judiciaire et de mener ensuite des actes d'enquête, [était] à l'origine du préjudice allégué par le requérant »⁹⁸. En parallèle, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique pour violation du droit de M. Tillack à la liberté d'expression⁹⁹.

Sur le plan de la lutte contre la fraude elle-même, le pouvoir discrétionnaire des États membres en matière de poursuites semble affecter directement l'effectivité de la répression pénale. Les autorités judiciaires tirent en effet partie de manière très parcellaire des efforts conjugués des institutions de l'Union

a fortiori pour des enquêtes externes. Pour de plus amples éléments sur les faits de l'affaire, v. *infra* le volet contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹⁵ Art. 2, § 4, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, *op. cit.* note 44.

⁹⁶ Le constat, à l'occasion d'une enquête de la direction générale, de la violation du droit de la concurrence de l'Union, peut pousser la Commission à adopter elle-même des sanctions (interdiction de certaines pratiques, imposition des mesures correctives ou prononcé d'une amende, selon les cas).

⁹⁷ Médiateur européen, « Rapport spécial au Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à l'Office européen de lutte antifraude dans la plainte 2485/2004/GG », 12 mai 2005, § 1.11.

⁹⁸ TPICE, *Tillack c. Commission*, affaire précitée note 93, § 122.

⁹⁹ Cour EDH, 2^e section, *Tillack c. Belgique*, affaire précitée note 66.

européenne : pour la période 2008-2015, le taux de mise en accusation à la suite des recommandations judiciaires de l'OLAF est ainsi d'à peine un sur deux et varie substantiellement d'un Etat à l'autre¹⁰⁰. Ce bilan décevant s'explique par différents facteurs : le cadre procédural de certains Etats membres, qui impose aux autorités nationales de reprendre les investigations « à zéro » malgré les éléments collectés par les institutions de l'Union ; la qualité variable des relations de ces dernières avec les autorités des différents Etats membres¹⁰¹ ; enfin, le manque de moyens humains et techniques. On retrouve ici en partie le diagnostic tiré par d'autres organisations internationales, telles que l'ONU. Les organes onusiens compétents pour détecter les cas de fraude sont d'ailleurs autant tributaires, si ce n'est davantage, de l'action répressive des Etats membres¹⁰².

Dans le cas de l'Union, les Etats membres ont entrepris de mettre fin à l'inaptitude structurelle des outils existants à assurer une répression effective des atteintes aux intérêts financiers de l'organisation¹⁰³. La création du Parquet européen, au terme d'un mouvement d'intégration « inéluctable »¹⁰⁴, semble annoncer un réaménagement profond des rôles entre l'Union et les Etats membres dans la lutte contre la fraude. Il reste à déterminer dans quelle mesure cette initiative modifie la nature de l'intervention de l'Union – jusqu'à constituer éventuellement la reconnaissance institutionnelle de son pouvoir de punir.

¹⁰⁰ Le chiffre ne se fonde d'ailleurs que sur les cas où une décision a été prise par une autorité judiciaire. Toute hypothèse confondue, le taux tombe à 28%. V. OLAF, *Rapport 2015*, op. cit. note 23, p. 29, figure n° 22.

¹⁰¹ V. en ce sens L. Kuhl, « Les négociations pour un Parquet européen... », op. cit. note 57, p. 46.

¹⁰² Le Secrétaire général des Nations Unies a ainsi eu l'opportunité de souligner qu'« étant donné que l'Organisation des Nations Unies n'a pas compétence pour mener des enquêtes ou ouvrir des poursuites pénales, l'utilisation qui peut être faite des informations ou documents communiqués par l'Organisation de même que leur recevabilité aux fins d'une procédure en justice sont des questions que doivent trancher les autorités judiciaires compétentes auxquelles ils ont été fournis » (Secrétaire général des Nations Unies, *Responsabilité pénale des fonctionnaires et des experts en mission des Nations Unies*, 28 juillet 2015, doc. A/70/208, p. 9, §33). Le mécanisme de transmission de dossiers demeure en outre assez rudimentaire. Les notifications de soupçons d'infractions financières aux fonds onusiens sont décidées uniquement lorsque l'enquête a établi que les allégations sont dûment justifiées et que les conduites dépassent un certain seuil de gravité, cela en raison des risques opérationnels et juridiques encourus. Les organes onusiens craignent en particulier la levée des privilèges et immunités des Nations Unies que peut entraîner la participation de l'Organisation à une procédure pénale dans un Etat membre. V. en ce sens : Corps commun d'inspection des Nations Unies, *Prévention, détection et répression de la fraude dans les organismes des Nations Unies*, doc. JIU/REP/2016/4, Genève, Nations Unies, 2016, 136 p., spéc. § 319 ; le rapport du Comité consultatif indépendant pour les questions d'audit (organe onusien chargé d'évaluer l'efficacité du fonctionnement administratif et financier de l'Organisation), *Activités du Comité consultatif indépendant pour les questions d'audit pour la période du 1^{er} août 2013 au 31 juillet 2014*, 12 août 2014, 29 p., doc. A/69/304, spéc. p. 16, § 53.

¹⁰³ Pour un bilan récent, v. Commission européenne, « Protection des intérêts financiers de l'Union européenne – Lutte contre la fraude », rapport au Parlement européen et au Conseil, 14 juillet 2016, COM(2016) 472 final.

¹⁰⁴ J.-P. Jean, « L'inéluctable mouvement vers un ministère public européen », in G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges, (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain...*, op. cit. note 28, pp. 233-244.

II. LA CRÉATION DU PARQUET EUROPÉEN, OU LA RECONNAISSANCE INSTITUTIONNELLE DU POUVOIR DE PUNIR DE L'UNION

La création du Parquet européen caractérise l'institution, soigneusement encadrée, d'un organe de poursuite de l'Union (A), qui pourrait amorcer un mouvement institutionnel plus large en matière répressive (B).

A. L'institution encadrée d'un organe de poursuite de l'Union

Institué à l'issue d'un long processus de gestation (1), le Parquet est fondé sur une structure hybride (2) et doté d'un pouvoir de punir limité (3).

1. Un long processus de gestation

Enjeu particulièrement « sensible » de la construction européenne¹⁰⁵, l'institution d'un organe de poursuite au sein de l'Union intervient au terme de vingt ans de discussions passionnées et d'âpres négociations politiques. Il se distingue en ce sens d'autres grands projets de l'Europe pénale, tel que le mandat d'arrêt européen, adopté à la hâte à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Il suffit de rappeler brièvement les étapes du projet pour se figurer le chemin parcouru : introduit dès 1997 sous la forme d'une initiative universitaire aux accents très fédéralistes (le « *Corpus juris* »)¹⁰⁶, le projet de « ministère public européen » a ensuite fait l'objet d'un livre vert de la Commission en 2001, dont la proposition de « procureur européen indépendant » restait très ambitieuse¹⁰⁷. Après l'abandon en 2005 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, premier instrument à envisager la création du Parquet (art. III-274), le traité de Lisbonne a véritablement ouvert la voie à son institution, en fixant, en des termes similaires au traité constitutionnel, ses principes généraux d'organisation et de fonctionnement et les modalités de sa création (art. 86 TFUE). Faisant fi des allusions timides au projet dans le programme de Stockholm, la Commission a présenté une communication sur le sujet en 2011, puis introduit une proposition de règlement en 2013¹⁰⁸. Bien que cette dernière ait fait l'objet de consultations approfondies en amont (Etats membres, institutions de l'Union, experts et société civile au sens large), sa publication a donné lieu à de nombreuses réactions hostiles, justifiées sur le fondement tant du droit de l'Union européenne que des principes constitutionnels des Etats membres.

¹⁰⁵ F. Chaltiel, « Vers un Parquet européen ? », *Revue de l'Union européenne*, 2017, n° 610, p. 385.

¹⁰⁶ Le *Corpus juris* a fait l'objet de deux versions successives : la version initiale, adoptée en 1997, énonçant un certain nombre de principes directeurs, v.M. Delmas-Marty, (dir.), *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Paris, Economica, 1997, 179 p., spéc. pp. 147-179 ; la seconde, dite « de Florence » ou « *Corpus Juris* 2000 », amendant le projet initial et constituant la version finale du projet scientifique, v. M. Delmas-Marty et J. A. E. Vervaele, (dir.), *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, Antwerp/Groningen/Oxford, Intersentia, 2000, 414 p., spéc. pp. 187-201.

¹⁰⁷ Commission européenne, *Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, 11 décembre 2001, COM(2001)715 final.

¹⁰⁸ V. Commission européenne, respectivement « La protection des intérêts financiers... », *op. cit.* note 14 ; « Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen », 17 juillet 2013, COM(2013)534.

LA SOUVERAINETÉ PÉNALE DE L'ÉTAT AU XXI^{ÈME} SIÈCLE

Nombre de parlements nationaux, consultés dans le cadre du contrôle *a priori* du respect du principe de subsidiarité¹⁰⁹ (art. 5 TUE), ont exprimé leur opposition à la structure ou au champ des attributions proposées par la Commission ; l'idée même d'un organe de poursuite européen fut combattue dans certains cas, en déniaient en particulier la valeur ajoutée d'un tel organe pour la lutte contre la fraude¹¹⁰. Du point de vue du droit constitutionnel des Etats membres, les difficultés ont été contrastées. Le Conseil constitutionnel français, dans la droite ligne de sa jurisprudence relative aux principes constitutionnels régissant le droit pénal, a par exemple considéré que la portée du projet de Parquet envisagé par le traité de Lisbonne nécessitait la révision de la Constitution, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat affirmant par la suite que l'institution effective du Parquet n'appelait pas de révision supplémentaire¹¹¹.

A défaut d'unanimité au sein du Conseil de l'Union et en l'absence de consensus au sein du Conseil européen (art. 86 §1, al. 1 et 2 TFUE), le projet de règlement du Conseil portant création du Parquet européen a finalement fait l'objet d'une procédure dite de « coopération renforcée » (al. 3) et été adopté par vingt Etats membres le 12 octobre 2017¹¹². Rallier plus des deux-tiers des membres de l'Union n'a naturellement pu être possible sans réaliser de nombreux compromis, s'agissant notamment de l'architecture du Parquet européen.

2. L'organisation du Parquet européen : le choix d'une architecture hybride

Peu proluxe sur le statut et l'architecture du Parquet, le traité de Lisbonne se contente d'indiquer que le Parquet européen est créé « à partir d'Eurojust » (art. 86 §1 TFUE), et son statut déterminé par son règlement institutif¹¹³. L'enjeu est crucial : en admettant que le Parquet européen soit doté d'un véritable « pouvoir de punir » (v. *infra*, point suivant), encore faut-il qu'il soit attribué à un organe supranational et non à une structure intergouvernementale habilement dissimulée. Le règlement dispose que le Parquet européen est doté de la

¹⁰⁹ Sur le renforcement du rôle des parlements en la matière, v. F. Fines, « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *Revue de l'Union européenne*, 2012, n° 556, p. 192 et s.

¹¹⁰ Pour un résumé et un examen des arguments critiques des Parlements nationaux la Commission, v. « Réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole n° 2 », communication au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux, 27 novembre 2013, COM(2013)851 final, spéc. p. 4 et s.

¹¹¹ Identifiant les dispositions du traité opérant un transfert de compétence dans une matière nouvelle, le Conseil constitutionnel a considéré, « eu égard à la portée que revêt [l'art. 86 TFUE] pour l'exercice de la souveraineté nationale », qu'une révision de la Constitution était nécessaire, décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, § 19. Pour l'examen par le Conseil d'Etat de la compatibilité avec la Constitution de l'institution effective du Parquet, v. Conseil d'Etat (Ass. gén.), « Réflexions sur l'institution d'un Parquet... », *op. cit.* note 27, pp. 39-40.

¹¹² Chiffre à jour au 30 octobre 2017. Ces Etats sont l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie et la Slovaquie.

¹¹³ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, ci-après « règlement du Conseil », *JOUE* n° L 283 du 31 octobre 2017, p. 1.

personnalité juridique et associé de manière étroite à Eurojust¹¹⁴. Organe indivisible de l'Union « fonctionnant comme un parquet unique à structure décentralisée »¹¹⁵, le Parquet européen est difficilement classable dans la typologie des institutions, organes et agences de l'Union : il n'est pas plus une institution politique ou technique qu'il n'est véritablement une institution ou un organe complémentaire et encore moins subsidiaire¹¹⁶. Malgré la tentation initiale, souvent observée dans la construction européenne, de « transposer le modèle étatique au niveau européen »¹¹⁷, le choix a été fait d'une architecture à double niveau central et décentralisé¹¹⁸ : le niveau central, consistant dans le *Bureau central* (situé au siège du Parquet européen) est composé du collège, des chambres permanentes, du chef du Parquet européen, des adjoints au chef du Parquet européen, des procureurs européens et du directeur administratif¹¹⁹ ; le niveau décentralisé est constitué par les *procureurs européens délégués*, qui sont affectés dans les Etats membres¹²⁰.

Que nous dit une telle architecture, relativement complexe, de la nature et de l'importance institutionnelles du Parquet européen ? Certains observateurs considèrent que la structure choisie témoigne de l'abandon manifeste de l'option supranationale, au profit d'un retour pur et simple à l'intergouvernementalisme¹²¹. Il est vrai que la formation collégiale établie, composée de membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire des Etats membres, s'éloigne substantiellement de l'organisation resserrée autour d'un procureur européen et de procureurs adjoints que proposait la Commission en 2013. Pour autant, il apparaît que ce bilan sévère peut être partiellement nuancé. Sans proposer ici une étude exhaustive, plusieurs arguments mettent en relief la structure « hybride », bien plus qu'intergouvernementale, du Parquet européen. En premier lieu, le mode de nomination et de révocation de son membre le plus éminent : le chef du Parquet européen est nommé d'un commun accord par le Parlement européen et le Conseil, ce dernier statuant à la majorité simple, et révoqué par la Cour de justice, à la requête du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission¹²². Le fait que le chef du Parquet soit choisi, tout comme les autres procureurs européens, parmi les membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire des Etats membres ne devrait en ce sens pas être vu comme un retour à une structure horizontale en

¹¹⁴ Art. 3 du règlement du Conseil.

¹¹⁵ Art. 8 § 1 du règlement du Conseil.

¹¹⁶ Pour une typologie des institutions de l'Union, v. C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Lexisnexis, 2016, 922 p., pp. 245 et s.

¹¹⁷ V. A. Lassalle, « Ministère public européen et organes de procédure européens : les enjeux de l'articulation horizontale », in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda, (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, 383 p., pp. 211-243.

¹¹⁸ Art. 8 du règlement du Conseil, *op. cit.* note 113.

¹¹⁹ V. respectivement art. 9 (collège) ; art. 10 (chambres permanentes) ; art. 11, 14 et 15 (chef du Parquet et ses adjoints), art. 12 et 16 (procureurs européens) du règlement du Conseil, *ibid.*

¹²⁰ V. spéc. art. 13 et 17 du règlement du Conseil, *ibid.*

¹²¹ V. en ce sens A. Turmo, « Le Parquet européen et la lutte contre la fraude : beaucoup de bruit pour rien ? », in D. Berlin, F. Martucci, F. Picod, (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 31, pp. 127-159.

¹²² Art. 14, §§ 1 et 5, du règlement du Conseil.

« réseau » articulée autour de représentants des Etats, à l'instar d'Eurojust¹²³. En outre, il est manifeste que seuls les ministères publics et les corps judiciaires nationaux peuvent, pour l'instant, fournir un vivier suffisant pour la sélection des procureurs européens. Toujours à l'échelon central, les procureurs européens sont nommés par le Conseil, sur la base d'une liste de candidats proposés par les Etats membres. Le terme maladroit de procureur européen « de l'Etat membre » employé quelquefois par le règlement est toutefois trompeur. Le processus de nomination fait intervenir l'ensemble des Etats membres du Conseil, qui votent à majorité simple et sur avis conforme d'un comité de sélection composé de personnalités dont la grande majorité n'exerce aucune fonction de représentation étatique¹²⁴. Tenus d'exercer leurs fonctions dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, les procureurs européens ne sont pas plus des représentants des Etats membres que ne le sont les membres de la Cour de justice, dont le mode de nomination est comparable.

Au niveau décentralisé, les procureurs européens délégués sont désignés par les Etats membres mais nommés par le collège, qui peut refuser leur nomination s'ils ne présentent pas les garanties d'indépendance et d'expérience exigées¹²⁵. Leur « double casquette » nationale et européenne, critiquée par une grande partie de la doctrine¹²⁶, présente pourtant des avantages indéniables. Un tel statut dual a pu convaincre certains Etats membres d'accepter que les procureurs européens délégués soient investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux, ce qui n'aurait probablement pas été politiquement envisageable s'agissant de procureurs « purement » européens¹²⁷. L'assurance d'une connaissance optimale du système juridique national ainsi que de la culture juridique et judiciaire de l'Etat membre concerné est en outre garantie dans une telle configuration. Enfin, le dédoublement fonctionnel consacré ne justifie aucune atteinte au principe général selon lequel le Parquet agit en totale indépendance des Etats membres et des institutions de l'Union : comme les membres du Bureau central, les procureurs européens délégués agissent « au nom du Parquet » et « dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble »¹²⁸.

¹²³ V. *contra*, L. Kuhl, « Les négociations pour un Parquet européen.. », *op. cit.* note 57.

¹²⁴ Aux termes de l'art. 14, §3, le comité est composé de « douze personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et de la Cour des comptes, d'anciens membres nationaux d'Eurojust, des membres des juridictions nationales suprêmes, des procureurs de haut niveau et des juristes possédant des compétences notoires ». Le Conseil est lié par l'avis du comité de sélection dès lors que celui-ci « constate qu'un candidat ne remplit pas les conditions requises pour exercer les fonctions de procureur européen » (art. 16 § 2).

¹²⁵ Art. 17, §§ 1 et 2, du règlement du Conseil.

¹²⁶ Selon Lothar Kuhl, « [é]tant donné que les compétences du Parquet européen reposent dans la plus large mesure sur l'exercice des compétences prévues en droit national, les procureurs européens et délégués exercent fonctionnellement un pouvoir national, même s'il est organisé dans un cadre institutionnel européen », L. Kuhl, « Les négociations pour un Parquet européen... », *op. cit.* note 57.

¹²⁷ Sur les mesures devant entrer dans leurs prérogatives, v. en particulier les art. 13, § 1, et 30 du règlement.

¹²⁸ Art. 6 et 13, § 1, du règlement du Conseil, *ibid.*

Le règlement n'a par ailleurs pas totalement abandonné l'idée d'une relation hiérarchique entre les niveaux central et décentralisé, même si l'esprit semble plus celui d'une concertation permanente entre niveaux décisionnels qu'une soumission formelle. Les procureurs européens délégués, nommés par le collège, doivent suivre les orientations et les instructions de la chambre permanente chargée de l'affaire, qui dirige et supervise les enquêtes et poursuites dans les Etats membres, ainsi que les instructions du procureur européen compétent. Une communication permanente de l'échelon local vers et à partir de l'échelon central est assurée. Si le passage espéré « de l'horizontalité à la verticalité »¹²⁹ est loin d'être complet, l'institution bénéficie donc d'un certain nombre de garanties permettant le suivi de l'exercice effectif et homogène de la mission du Parquet dans les Etats membres ; la personnalité du futur chef du Parquet sera déterminante pour la réalisation d'un tel objectif. Du reste, les procureurs européens délégués demeurent seuls responsables des enquêtes et poursuites engagées¹³⁰.

3. Nature et étendue du « pouvoir de punir » du Parquet

Le déclenchement et l'exercice de l'action publique participent manifestement des prérogatives régaliennes de l'Etat, entendues comme les pouvoirs caractéristiques de la puissance publique, attachés à la qualité d'Etat à l'exclusion de toute forme d'organisation politique. Deux conséquences théoriques peuvent être tirées de cette définition : en premier lieu, l'Etat ne peut être privé d'un tel pouvoir et peut tout au plus décider d'en assurer l'exercice en commun (principe d'indisponibilité) ; en second lieu, l'Union, pas plus qu'une autre organisation politique, ne peut en être dotée, même de manière concurrente avec les Etats membres (principe d'exclusivité). Pourtant, le règlement du Conseil du 12 octobre 2017 institue un organe de l'Union « compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »¹³¹. Cette reconnaissance institutionnelle du pouvoir de punir de l'Union semble directement remettre en cause le concept de prérogatives régaliennes de l'Etat. Il reste à préciser le champ et la portée réelle de ce bouleversement, en se concentrant sur l'application de deux critères principaux : la teneur et l'étendue des prérogatives attribuées au Parquet en matière répressive d'une part ; l'éventuel rôle conservé par les Etats membres d'autre part¹³².

Le Parquet européen « diligente des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des Etats membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée »¹³³. De telles attributions ont pour objet de répondre au constat, partagé par le Conseil et la

¹²⁹ A. Weyembergh, « Synthèse des travaux », in P. Ghaleh Marzban, (dir.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ?*, Paris, Dalloz, 2010, 267 p., pp. 261-262.

¹³⁰ Art. 10, § 2 ; art. 13, § 1 et art. 17.

¹³¹ Art. 4 du règlement du Conseil.

¹³² La compétence matérielle du Parquet, également cruciale, sera examinée *infra*, point B, 1.

¹³³ Art. 4 du règlement du Conseil. Sur le sens à donner aux termes de « poursuite » et d'« exercice de l'action publique », v. Conseil d'Etat (Ass. gén.), *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, *op. cit.* note 27, pp. 68-71.

LA SOUVERAINETÉ PÉNALE DE L'ÉTAT AU XXI^{ÈME} SIÈCLE

Commission, de l'insuffisance des enquêtes et des poursuites engagées par les autorités judiciaires répressives nationales visant les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Quelques exemples sommaires suffisent à témoigner de la réalité des prérogatives du Parquet s'agissant du déclenchement et de l'exercice de l'action publique : le Parquet européen exerce sa compétence soit en ouvrant une enquête, soit en décidant d'utiliser son droit d'évocation, auquel cas les autorités compétentes des Etats membres lui transmettent le dossier et s'abstiennent de procéder à de nouveaux actes d'instruction¹³⁴ ; la chambre permanente compétente décide de porter ou non une affaire en jugement devant les juridictions nationales ou éventuellement de la renvoyer aux autorités nationales¹³⁵. Pourtant, la qualité d'« organe européen de poursuite » a pu être déniée au Parquet européen, en arguant que seuls les procureurs européens délégués, membres actifs des ministères publics nationaux, sont investis du pouvoir d'enquêter et de poursuivre et des prérogatives de puissance publique qui y sont attachées¹³⁶. Or les procureurs européens délégués agissent bien « au nom du Parquet »¹³⁷ et l'exercice de leurs fonctions est soumis au contrôle étroit de la chambre permanente compétente, qui dispose de moyens réels pour s'assurer du respect de ses instructions¹³⁸. Par conséquent, il semble excessif de considérer que le Parquet n'est pas lui-même doté de prérogatives d'enquête et de poursuites. Ces précisions sont bien sûr sans préjudice du rôle conservé par ailleurs par les Etats membres.

Le règlement du Conseil ménage une place considérable aux Etats membres, s'agissant tant du droit applicable que de l'intervention des organes étatiques. Si le droit national s'applique « dans la mesure où une question n'est pas réglée par le règlement »¹³⁹, cette « mesure » est significative : le droit national, entendu en principe comme le droit de l'Etat membre du procureur délégué compétent, s'applique, dans le respect de la nouvelle directive PIF, à la qualification pénale des conduites et la détermination des peines encourues ; il gouverne également de nombreux aspects de la procédure pénale, telles que les règles d'ouverture d'une enquête par le procureur européen délégué, l'adoption par ce dernier de mesures nécessitant une autorisation judiciaire dans le cadre d'affaires transfrontières, ou encore les conditions de mise en œuvre des instructions de la chambre permanente et des procureurs européens aux procureurs européens délégués¹⁴⁰. L'intervention des autorités étatiques est envisagée, voire requise à de nombreuses étapes de l'action du Parquet : elles lui signalent tout comportement délictueux à l'égard

¹³⁴ Art. 25 et 27 du règlement du Conseil.

¹³⁵ Art. 34 et 36 du règlement du Conseil.

¹³⁶ Conformément au droit interne. V. pour exemple l'art. 33 (détention provisoire) du règlement du Conseil. V. sur ce débat, V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust, and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 295 p., spéc. chap. 4.

¹³⁷ Pour preuves, les art. 13, § 1, précité et 113, § 4 (réparation des dommages causés par les procureurs délégués).

¹³⁸ Art. 28, § 3, du règlement du Conseil.

¹³⁹ Art. 5, § 3, du règlement du Conseil.

¹⁴⁰ Pour des exemples, v. respectivement art. 26, § 1, et art. 31, § 3 ; art. 10, § 5, et 12, § 3, du règlement du Conseil.

duquel il pourrait exercer sa compétence¹⁴¹ ; elles peuvent le plus souvent ouvrir des enquêtes et engager elles-mêmes des poursuites à l'égard des infractions entrant dans la compétence matérielle du Parquet européen – le projet initial de la Commission, qui envisageait une compétence exclusive du Parquet, ayant été abandonné par les négociateurs au profit d'un principe de compétence concurrente¹⁴² ; elles seules peuvent assurer l'exécution de mesures coercitives dans les Etats membres¹⁴³ ; enfin et de manière cruciale, les Etats membres conservent une compétence exclusive en matière de jugement répressif. Le contrôle juridictionnel des actes procéduraux du Parquet repose également en grande partie sur les Etats membres. La Cour de justice est certes compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité de ces actes, dès lors que cette dernière pose directement une question de droit de l'Union et plus largement dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par les traités européens¹⁴⁴. Le règlement pose cependant pour principe général que les actes de procédure du Parquet qui sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers sont soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes, une fois n'est pas coutume dans le respect du droit de l'Etat membre concerné¹⁴⁵.

Malgré ce bilan nuancé, tant sur le plan de l'organisation du Parquet que des prérogatives qui lui sont attribuées, la création d'un organe de poursuite européen marque résolument une étape historique dans la construction d'une Europe pénale, par la reconnaissance institutionnelle du pouvoir de punir de l'Union. Il est d'ailleurs possible d'envisager cette initiative comme l'amorce d'un mouvement institutionnel plus vaste en matière répressive.

B. L'amorce d'un mouvement institutionnel plus vaste en matière répressive ?

S'il est possible d'envisager le développement du Parquet à moyen terme, en particulier par l'extension de sa compétence matérielle (1), son institution devrait en définitive avoir un « effet d'entraînement » limité sur les autres acteurs de la lutte contre la fraude (2).

¹⁴¹ Art. 24 du règlement du Conseil.

¹⁴² Cette concession, symboliquement importante pour la stature du Parquet, préserve cependant l'objectif principal de répression effective de la fraude, puisque le Parquet est amené à pallier les défaillances éventuelles des Etats membres. En outre, un principe de priorité dans l'exercice de la compétence est consacré au bénéfice du Parquet. V. art. 25, § 1, du règlement, bien que le principe soit assorti d'un tempérament (§ 2) et d'exceptions (§ 3). Les autorités nationales compétentes tranchent tout désaccord sur la répartition (§ 6). V. également sur ce point le rapport d'A. Weyembergh et Ch. Briere pour la commission « LIBE » du Parlement européen, *Towards a European Public Prosecutor's Office*, 28 octobre 2016.

¹⁴³ Ce constat, qui transparaît dans le silence du règlement sur la question, est confirmé par son considérant n° 69.

¹⁴⁴ V. en particulier, par renvoi de l'art. 42, § 2-8, du règlement, les art. 263, al. 4, 267, 268, 270 et 272 du TFUE.

¹⁴⁵ Art. 42, § 1, du règlement du Conseil.

1. Le développement du Parquet : les perspectives d'extension de la compétence matérielle au-delà des atteintes aux intérêts financiers de l'Union

La compétence matérielle du Parquet constitue un facteur essentiel de développement du Parquet¹⁴⁶, envisageable sous deux volets distincts : d'une part, l'interprétation souple du cadre juridique existant ; d'autre part, son extension par le Conseil à l'occasion d'une modification future du règlement. Dans sa version actuelle, le règlement délimite déjà la compétence du Parquet de manière relativement extensive. Le Parquet est principalement compétent à l'égard des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union prévues par la directive PIF de 2017, telle que mise en œuvre en droit interne¹⁴⁷. Or, la directive définit ces infractions de manière large, en y incluant en particulier (au terme d'une longue bataille législative) la fraude au système commun de TVA¹⁴⁸, suivant l'approche suivie par la Cour de justice dans son arrêt *Tarrico*¹⁴⁹. Pour ce dernier type d'infractions, les actes en question doivent présenter un lien avec le territoire de deux Etats membres ou plus et entraîner un préjudice d'un montant total d'au moins dix millions d'euros ; il est toutefois envisageable que ce seuil ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'exercice par le Parquet de sa compétence en la matière ; le préjudice est estimé de manière large, en se fondant sur l'ensemble du système de fraude (y compris les opérations de blanchiment et de corruption active et passive), tant pour les intérêts financiers des Etats membres concernés que pour ceux de l'Union.

S'agissant des infractions ne portant pas directement atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le règlement autorise d'ores et déjà une première incursion du Parquet sous certaines conditions. Sa compétence s'étend en effet aux infractions relatives à la participation à une organisation criminelle, si les activités criminelles de cette organisation consistent « essentiellement à commettre une infraction [entrant dans le champ de la directive PIF] », ainsi que « toute autre infraction pénale qui y serait indissociablement liée »¹⁵⁰. Ces dispositions ouvrent la voie à un large exercice par le Parquet de sa compétence, tant sont nombreux les liens entretenus par la fraude au budget de l'Union avec d'autres formes d'activités criminelles. Ces dernières pourraient par ailleurs être directement visées à l'occasion d'une prochaine réforme du Parquet, le traité de Lisbonne envisageant déjà d'« étendre les attributions du Parquet européen à la

¹⁴⁶ Sur les enjeux généraux soulevés par la compétence matérielle du Parquet, v. R. Sicurella, « Setting-up a European Criminal Policy for the Protection of the EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office », in K. Ligeti, (dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford, Hart, 2013, 1046 p., pp. 870-904.

¹⁴⁷ Art. 22 du règlement du Conseil, *op. cit.*

¹⁴⁸ Art. 2, § 2, et art. 3, § 2.d, de la directive (UE) 2017/1371, *op. cit.* note 3.

¹⁴⁹ CJUE (Grande ch.), *Procédure pénale c. Ivo Taricco et alt.*, arrêt du 8 septembre 2015, aff. C-105/14. V. également les décisions suivantes : CJUE, *Commission c. Allemagne*, arrêt du 15 novembre 2011, aff. C- 539/09 ; CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10. Ces différentes décisions, qui précèdent toutes l'adoption de la directive PIF, ont cependant pour intérêt de préciser le lien existant entre la perception des recettes de la TVA par les Etats membres et les intérêts financiers de l'Union.

¹⁵⁰ Art. 22, §§ 2 et 3, du règlement du Conseil.

lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière » (art. 86 § 4 TFUE). L'extension de la compétence du Parquet aux infractions terroristes commises dans deux Etats membres ou plus a ainsi été évoquée récemment par le président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker dans son discours de 2017 sur l'état de l'Union¹⁵¹ ainsi que par l'Italie et la France¹⁵². A la même période, le Président Macron a proposé l'extension de la compétence du Parquet à la criminalité transnationale organisée, dans la droite ligne d'un des *scenarii* envisagés par la Commission pour l'Europe à l'horizon 2025¹⁵³. Ces propositions ont fait l'objet de peu de réactions pour le moment. Du reste, il est peu probable qu'elles aboutissent sans l'approfondissement préalable de l'harmonisation pénale en la matière. Mises en œuvre, elles marqueraient l'abandon du principe selon lequel la lutte contre la fraude forme l'horizon indépassable du « pouvoir de punir » de l'Union en général et du Parquet européen en particulier. L'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité pourrait faire échec à un tel bouleversement du rôle du Parquet ; dans le cas contraire, la voie serait ouverte à terme à l'extension de la compétence du Parquet à l'ensemble des infractions pénales définies par des actes de droit dérivé et commises dans deux Etats membres ou plus.

L'enjeu du renforcement du Parquet est d'autant plus crucial que son institution est susceptible d'avoir un effet d'entraînement à différents niveaux. L'exercice par le Parquet de ses attributions pourrait pousser certains Etats membres non participants à accepter *in fine* sa compétence, au vu du risque non négligeable d'en subir au moins indirectement les effets, en dépit des protections mises en place par les traités¹⁵⁴. L'effet d'entraînement devrait être par ailleurs limité s'agissant des autres acteurs européens de la lutte contre la fraude.

¹⁵¹ « L'Union européenne doit être plus forte en matière de lutte contre le terrorisme. Ces trois dernières années, nous avons fait des progrès mais nous ne réagissons pas assez rapidement en cas de menaces terroristes transfrontalières. [...] [I]l me paraît tout à fait indiqué de charger le nouveau parquet européen de poursuivre les auteurs d'infractions terroristes transfrontalières », J.-C. Juncker, « Discours sur l'état de l'Union », 13 septembre 2017, Bruxelles.

¹⁵² La proposition a été formulée par Andrea Orlando, ministre de la Justice du gouvernement italien, dans une lettre adressée en août 2017 à la Commissaire européenne de la justice, Věra Jourová ainsi qu'à son homologue estonien Urmas Reinsalu, « Terrorismo, Orlando: ampliare le competenze della Procura europea ai reati terroristici », *Italia Oggi*, 22 août 2017. Le président Emmanuel Macron a également évoqué ce projet dans son discours de la Sorbonne de 2017 : « Face à l'internationale du terrorisme, l'Europe de la sécurité doit être notre bouclier [...]. C'est pourquoi nous devons instituer un Parquet européen contre la criminalité organisée et le terrorisme, au-delà des compétences actuelles qui viennent d'être établies, E. Macron, « Initiative pour l'Europe », Paris, 26 septembre 2017. La question devrait prochainement faire l'objet d'une communication de la Commission.

¹⁵³ E. Macron, *ibid.* V. également le scénario n° 3 « Ceux qui veulent plus font plus » in Commission européenne, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe*, 1^{er} mars 2017, COM(2017)2025, p. 20.

¹⁵⁴ V. en particulier les art. 23 et 105 du règlement, qui n'excluent pas expressément l'exercice par le Parquet de sa compétence dans les affaires intéressant des Etats membres ne participant pas à la procédure de coopération renforcée. S'agissant des protections évoquées, v. le principe consacré à l'art. 327 du TFUE.

2. Un effet d'entraînement limité sur le système institutionnel de lutte contre la fraude

Les synergies entre l'OLAF, Europol et Eurojust se sont développées de manière significative au fil des ans. Elles ont bénéficié d'une part de la simplification de leur cadre juridique, par l'effet de la suppression des « piliers » opérée par le traité de Lisbonne¹⁵⁵, d'autre part de l'adoption d'accords précisant les modalités de leur coopération, à l'instar du principal accord interinstitutionnel en la matière, auxquels Europol et Eurojust ont tout deux adhéré¹⁵⁶, ou encore de divers accords administratifs¹⁵⁷. Ces relations de coopération sont amenées à être encore davantage approfondies avec la mise en place du Parquet européen. Outre l'adhésion à l'accord interinstitutionnel précité, prévue par le règlement portant création du Parquet européen¹⁵⁸, le Parquet doit nouer des liens étroits avec l'OLAF, Eurojust et Europol. De la nature des liens envisagés par le règlement dépend en grande partie l'avenir de ces différents acteurs de la lutte contre la fraude – en témoigne la quasi-suspension des débats sur la réforme d'Eurojust dans l'attente de la création du Parquet européen.

Le lien étroit entretenu par le Parquet avec Eurojust est fortement mis en avant dans la disposition cardinale du règlement, qui précise que celui-ci « coopère avec Eurojust et bénéficie de son soutien »¹⁵⁹. Le texte n'oriente pas les négociations sur la réforme Eurojust, puisqu'il se contente de faire référence à une coopération étroite « dans le cadre de leurs mandats respectifs » et à la création de liens opérationnels, administratifs et de gestion¹⁶⁰. Le fait que le Parquet européen puisse, dans les affaires transnationales, associer Eurojust à ses activités opérationnelles pourrait avoir pour effet un renforcement mutuel des deux institutions : le Parquet disposera du réseau des membres d'Eurojust et de leurs partenaires – réseau qui dépasse manifestement le cadre des Etats participants au Parquet – pour transmettre ses décisions ou demandes d'entraide judiciaire, tandis qu'Eurojust bénéficiera des informations transmises par le Parquet et obtenues au moyen de prérogatives qui lui sont défaut¹⁶¹. Le règlement est plus laconique s'agissant d'Europol, alors même que l'agence est la seule à être directement évoquée par le traité de Lisbonne en tant que partenaire du Parquet (art. 86 § 2 TFUE). Il se contente d'évoquer la conclusion d'un « accord de travail » et d'exiger d'Europol la transmission de toute information sur demande ainsi qu'une

¹⁵⁵ Sur les difficultés posées par la structure en piliers par le passé, V. A. Lassalle, « Ministère public européen et organes de procédure européens... », *op. cit.* note 117, pp. 214-216.

¹⁵⁶ Accord interinstitutionnel du 25 mai 1999, entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF, *JOCE* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 15.

¹⁵⁷ Art. 13, § 1, du règlement (UE, Euratom) n° 883/2013, *op. cit.* note 44. Au vu des informations fournies par les deux agences, il s'agit de l'Arrangement administratif entre Europol et l'OLAF adopté le 8 avril 2004 ; l'Accord pratique sur les modalités de la coopération entre Eurojust et l'OLAF, adopté le 24 septembre 2008.

¹⁵⁸ Art. 110 du règlement du Conseil, *ibid.*

¹⁵⁹ Art. 3, § 3, *ibid.*

¹⁶⁰ Art. 100, § 1, du règlement du Conseil, *ibid.*

¹⁶¹ Art. 100, § 2, du règlement du Conseil, *ibid.*

aide à l'analyse ponctuelle dans le cadre de ses enquêtes¹⁶². Les relations avec l'OLAF sont quant à elles organisées sur la base de la complémentarité de leurs interventions. En particulier, l'Office soutient ou complète l'action du Parquet européen en lui fournissant des informations et un soutien opérationnel, ou en conduisant des enquêtes administratives. Le règlement prend soin d'articuler clairement les interventions de ces deux entités, notamment en interdisant l'ouverture d'une enquête administrative par l'OLAF lorsque le Parquet mène une enquête pénale sur les mêmes faits¹⁶³.

Deux conclusions peuvent être tirées de cette étude non exhaustive. Tout d'abord, une coopération étroite est exigée entre le Parquet et les autres acteurs de l'ensemble institutionnel de lutte contre la fraude, amenant à une valorisation du rôle de ces derniers et à l'intensification très probable de leurs activités respectives en la matière. Une telle réorientation se fera aux dépens des Etats membres non participants au Parquet, comme l'a souligné à juste titre la Chambre des Lords¹⁶⁴. Par ailleurs, la création du Parquet ne semble pas avoir justifié pour le moment un bouleversement des missions ou des prérogatives des autres acteurs européens de la lutte contre la fraude. En particulier, aucun d'entre eux ne s'est pour l'instant vu attribuer le pouvoir de conduire des enquêtes pénales, d'engager des poursuites, ou plus largement des prérogatives de puissance publique. L'explication est aisée concernant l'OLAF, organe administratif rattaché à la Commission ; elle ne l'est pas moins s'agissant d'Europol, au sujet duquel les traités excluent expressément l'attribution de telles prérogatives, coupant court à toute velléité de créer une police fédérale européenne (art. 88 § 3 TFUE). Il est plus difficile de comprendre l'inertie touchant Eurojust, dont le mode d'organisation et l'expérience en feraient un partenaire idéal du Parquet à condition de le doter des moyens nécessaires. En ce sens, les négociations en cours ne semblent pour l'instant pas s'orienter vers une réforme à la mesure du mouvement institutionnel initié.

* * *

Longtemps maintenu dans un rôle d'appui de l'appareil répressif des Etats membres, l'ensemble institutionnel de lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union voit sa physionomie bouleversée par l'institution du Parquet européen à l'horizon 2020. Cette initiative marque à différents égards un tournant de la construction européenne. De manière générale, elle provoque un nouveau rétrécissement des prérogatives régaliennes des Etats membres, après la création d'une monnaie unique européenne et en attendant la création éventuelle d'une Armée européenne. Est reposée, en filigrane, la question de la pertinence d'une conception matérielle de la souveraineté de l'Etat, fondée sur un « noyau dur » de prérogatives inaliénables et indisponibles. S'agissant plus spécialement de

¹⁶² Art. 102, § 2, du règlement du Conseil, *op. cit.*

¹⁶³ Art. 101, §§ 1-4, du règlement du Conseil, *op. cit.*

¹⁶⁴ House of Lords ('EU Committee'), *The impact of the European Public Prosecutor's Office on the United Kingdom*, 21 octobre 2014, spéc. pp. §§ 56-80.

LA SOUVERAINETÉ PÉNALE DE L'ÉTAT AU XXI^{ÈME} SIÈCLE

l'Europe pénale et de la construction d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice », la création du Parquet caractérise un changement manifeste de nature de l'intervention de l'Union : il ne s'agit plus simplement, pour reprendre les termes de Geneviève Giudicelli-Delage, de porter atteinte au « droit de punir » et au « droit de ne pas punir »¹⁶⁵ des Etats membres, mais bien de reconnaître le droit – ou plutôt le pouvoir – de punir de l'Union, ainsi que les prérogatives de puissance publique et garanties des droits qui y sont attachées. Les limites significatives imposées à l'exercice de ce pouvoir inédit n'affaiblissent en rien la portée d'un tel bouleversement. Pour l'instant limité dans ses effets, il pourrait mener à long terme à l'édification d'un véritable système judiciaire répressif européen.

RÉSUMÉ

L'ensemble institutionnel échafaudé par l'Union pour répondre aux atteintes à ses intérêts financiers a longtemps été cantonné à un rôle d'appui de l'appareil répressif des Etats membres. Si l'action de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), organe administratif à forte coloration pénale, est déterminante, elle demeure tributaire de l'action répressive des Etats membres. Ceux-ci organisent et animent les réseaux de coopération Europol et Eurojust et restent libres d'initier ou non des poursuites pénales. Cette articulation des rôles et des prérogatives entre l'Union et ses membres s'est montrée incapable d'assurer la répression effective de la fraude au budget de l'Union. Ce constat a mené à la création du Parquet européen, formalisée par le Conseil le 12 octobre 2017, marquant ainsi la reconnaissance institutionnelle du pouvoir de punir de l'Union. L'institution, certes encadrée, d'un organe de poursuite de l'Union, pourrait amorcer un mouvement institutionnel plus large en matière répressive.

ABSTRACT

The institutional framework built by the European Union to fight activities affecting its financial interests has long been confined to supporting the repressive apparatus of Member States. Despite the leading role taken by the European Anti-Fraude Office (OLAF), an administrative body with a strong law enforcement “flavor”, the fight against fraud is still dependent on the intervention of Member States' law enforcement. Member States organise and stimulate Europol and Eurojust cooperation networks, and remain free to initiate criminal proceedings or to abstain from doing so. This articulation of roles and prerogatives between the Union and its members has proved unable to ensure an effective fight against fraud to the detriment of the EU budget. Such finding led to the establishment of the European Public Prosecutor's Office by the Council on 12 October 2017, marking the institutional acknowledgment of the *ius puniendi* of the Union. The setting-up of a EU prosecuting body, whatever its limitations, may well pave the way for a wider institutional movement in criminal matters.

¹⁶⁵ G. Giudicelli-Delage, « Introduction générale », in G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges, (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain...*, op. cit. note 28, p. 18.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	3
Préface par Alain Pellet.....	5
Avant-propos par Fatou BENSOUDA	9
Sommaire	15

RAPPORT INTRODUCTIF

Le lien entre souveraineté et droit de punir par Muriel UBÉDA-SAILLARD.....	19
--------------------------------------------------------------------------------	----

I. L'EXERCICE *RATIONE MATERIAE* DU DROIT DE PUNIR. L'ÉLARGISSEMENT DES VALEURS POLITIQUES ET SOCIALES PROTÉGÉES

Le droit pénal, expression de l'autorité du souverain : <i>imperium</i> ou <i>jurisdictio</i> par Louis DE CARBONNIÈRES	45
L'esquisse d'une politique pénale mondiale par Theodor MERON	61
Le principe de neutralité d'Interpol comme vecteur d'une protection croissante des droits et intérêts individuels par Bertrand REPOLT	67
Les interactions normatives entre les régimes de <i>common law</i> et de droit romano-germanique par Olivier CAHN	77
Punir en marge du droit ? par Marina EUDES.....	93

**II. L'APPLICATION *RATIONE PERSONAE* DU DROIT DE PUNIR.
LA MULTIPLICATION
DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES CONCURRENTES**

Le juge national comme juge naturel ? par Julie ALIX	107
La souveraineté pénale nationale à l'heure de la concurrence des Etats et des procureurs. Vues d'un praticien par Marc HENZELIN	115
La concurrence du juge international par Paola GAETA	147
Face à l'internationalisation : existe-t-il des compétences irréductibles du juge interne ? par Daniel FRANSEN	161

**III. ATELIERS THÉMATIQUES CONSACRÉS
À LA COOPÉRATION
ENTRE LES AUTORITÉS COMPÉTENTES EN MATIÈRE PÉNAL**

Atelier I.

L'évolution des techniques de la coopération « mineure »

sous la présidence de Audrey DARSONVILLE et Patrick MEUNIER	177
Les atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne : réponses institutionnelles et reconnaissance du pouvoir de punir de l'Union par Jonathan BOURGUIGNON	183
Le contrôle de l'exécution des peines prononcées par la Cour pénale internationale : une confiance démesurée de la CPI à l'Etat ? par Aude BREJON	215
Les défaillances de la coopération post-jugement des Etats avec les juridictions pénales internationales par Manon DOSEN	237
La coopération policière et judiciaire internationale en matière de lutte contre le trafic illicite de biens culturels par Philippe Ch.-A. GUILLOT	255
Souverainetés et responsabilités dans la collecte internationale de preuves L'exemple de l'accès aux données bancaires en matière pénale par Maxime LASSALLE	275

LA SOUVERAINETÉ PÉNALE DE L'ÉTAT AU XXI^{ÈME} SIÈCLE

Atelier II.

La géométrie variable de la coopération « majeure »

sous la présidence de Pascal BEAUVAIS et Florence BELLIVIER.....	303
La colaboración internacional en materia penal y el derecho internacional público. El caso argentino en el contexto latinoamericano par Juan Manuel BRADI.....	305
La coopération majeure entre les Etats et les juridictions pénales internationales : vers la fin de la verticalité ? par Philippe FLORY.....	327
Le dénuement de la Cour pénale internationale face aux défauts d'exécution des demandes d'arrestation et de remise par Rachel LUCAS.....	347
Le mandat d'arrêt européen face à la souveraineté pénale des Etats : une plaie ou un atout ? par Crescence Marie-France OKAH.....	367

Atelier III.

Les résistances nationales ou régionales

sous la présidence de Julian FERNANDEZ et Hélène TIGROUDJA.....	389
L'effet relatif de la compétence complémentaire de la CPI sur la souveraineté pénale de l'Etat : exemple de la fédération de Russie par Olga BODNARCHUK.....	393
La régionalisation du droit international pénal : « une résistance à la justice internationale pénale » par Gabin Fabrice EYENGA SEKE.....	411
Les résistances à la mise en œuvre de l'obligation internationale de répression des violations graves des droits de l'homme : l'exemple des pays d'Amérique latine par Scott FOUGÈRE.....	433
La politique juridique de la France à l'égard des crimes de guerre par Mathilde MASSÉ.....	447

IV. L'APPLICATION SPATIALE DU DROIT DE PUNIR.

LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES

Les aménagements conventionnels de l'exercice de la puissance publique sur le territoire national par Michel MASSÉ.....	469
L'extraterritorialité du droit pénal et les sanctions par Benjamin JURATOWITCH, QC, Alexandra VAN DER MEULEN et Daniel MÜLLER.....	487

CONCLUSIONS

La communauté internationale malade de la peste. Quelques notes conclusives (?) sur la souveraineté « pénale » de l'Etat Denis ALLAND.....	501
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

- Colloque de Caen (mai 1975) - **La crise de l'énergie et le droit international.**
Colloque de Bordeaux (mai 1976) - **Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain.**
Colloque de Strasbourg (juin 1977) - **La circulation des informations et le droit international.**
Colloque de Clermont-Ferrand (1978) - **Les travailleurs étrangers et le droit international.**
Colloque de Poitiers (mai 1979) - **La frontière.**
Colloque du Mans (mai 1980) - **Aspects actuels du droit international des transports.**
Colloque de Nancy (mai 1981) - **L'Europe dans les relations internationales.**
Colloque de Montpellier (mai 1982) - **Le droit international et les armes.**
Colloque de Rouen (juin 1983) - **Perspectives du droit de la mer à l'issue de la 3^e Conférence des Nations Unies.**
Colloque d'Aix-en-Provence (mai 1984) - **Les agents internationaux.**
Colloque de Nice (mai 1985) - **Les Nations Unies et le droit international économique.**
Colloque de Lyon (mai 1986) - **La juridiction internationale permanente.**
Colloque de Strasbourg (mai 1987) - **Les organisations internationales contemporaines.**
Colloque de Tours (juin 1988) - **Aspects récents du droit des relations diplomatiques.**
Colloque de Dijon (juin 1989) - **Révolution et droit international.**
Colloque du Mans (mai 1990) - **La responsabilité dans le système international.**
Colloque de Toulon (mai 1991) - **Le navire en droit international.**
Colloque du Québec (octobre 1992) - **Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique.**
Colloque de Nancy (1993) - **L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle.**
Colloque de Rennes (1994) - **Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies.**
Colloque de Nice (1995) - **La réorganisation mondiale des échanges.**
Colloque de Caen (1996) - **Droit d'asile et des réfugiés.**
Colloque de Strasbourg (1997) - **La protection des Droits de l'homme et l'évolution du droit international.**
Colloque d'Aix-en-Provence (1998) - **La codification du droit international.**
Colloque de Bordeaux (1999) - **Droit international et droit communautaire perspectives actuelles.**
Colloque de Paris (2000) - **Le Droit international et le temps.**
Colloque de Clermont-Ferrand (2001) - **Le chef d'Etat et le droit international.**
Colloque de Lille (2002)
La juridictionnalisation du droit international.
Colloque de Genève (2003)
La pratique et le droit international.
Colloque du Mans (2004)
Le sujet en droit international.
Colloque de Rennes (2005)
Les compétences en droit international.
Colloque de Grenoble (2006)
La nécessité en droit international.
Colloque de Nanterre (2007)
La responsabilité de protéger.
Colloque de Bruxelles (2008)
L'Etat de droit en droit international.
Colloque d'Aix-en-Provence (2009)
Le droit international face aux enjeux environnementaux.
Colloque d'Orléans (2010)
L'eau en droit international.
Colloque de Poitiers (2011)
Droit international et nationalité.
Colloque de Nancy (2012)
L'Etat dans la mondialisation.
Colloque de Rouen (2013)
Internet et le droit international.
Colloque de Lyon (2014)
Droit international et développement.
Colloque de Strasbourg (2015)
Le précédent en droit international.
Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis (2016)
L'entreprise multinationale et le droit international.



La souveraineté pénale de l'Etat au XXI^e siècle



I.

L'EXERCICE *RATIONE MATERIAE*
DU DROIT DE PUNIR L'ÉLARGISSEMENT
DES VALEURS POLITIQUES
ET SOCIALES PROTÉGÉES

II.

L'APPLICATION *RATIONE PERSONAE*
DU DROIT DE PUNIR LA MULTIPLICATION
DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES
CONCURRENTES

III.

ATELIERS THÉMATIQUES
CONSACRÉ À LA COOPÉRATION
ENTRE LES AUTORITÉS
COMPÉTENTES EN MATIÈRE PÉNALE

IV.

L'APPLICATION SPATIALE
DU DROIT DE PUNIR
LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES

La souveraineté pénale de l'Etat au XXI^e siècle

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par télécopie:
+33 (0)1.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@orange.fr - 68 € l'ouvrage - **Nous consulter pour envoi.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-00872-5

Carte Visa

N°...../...../...../.....

Cryptogramme.....

Date de validité.....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....