

REVUE DE L'UNION EUROPÉENNE



Droit pénal

Un « langage commun » sans « grammaire commune »¹ ?

Quelques réflexions à propos de la « proposition de directive du 11 juillet 2012, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal »

par Ioannis RODOPOULOUS
Docteur en droit

Dix-huit ans après l'apparition des premiers éléments d'une protection pénale harmonisée des intérêts financiers de l'Union, la Commission revint en juillet 2012 avec une proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, afin de remplacer le cadre en vigueur. Bien que le nouveau texte améliore, même légèrement, le cadre précédent, et le rend mieux conforme à la lettre et à l'esprit du Traité de Lisbonne, son potentiel d'efficacité semble être réduit, à défaut d'une harmonisation plus poussée de quelques notions de droit pénal général.

454

La protection pénale des intérêts financiers constitue un domaine bien particulier du « droit pénal de l'Union européenne », et ceci d'un triple point de vue, ontologique, normatif et historique.

Ontologique, car, parmi les infractions visées par les textes européens, la fraude contre les intérêts financiers de l'Union, ainsi que son corollaire, la contrefaçon de l'euro, sont les seules qui portent atteinte à un bien juridique proprement européen, voire à la construction européenne elle-même. Elles jouent, en effet, d'une certaine manière, « le même rôle que les crimes contre l'État dans les codes pénaux nationaux, les crimes contre l'humanité en droit pénal international ou les attaques exogènes dans les communautés traditionnelles »². Cela permet, par ailleurs, d'obtenir bien plus facilement un consensus autour de l'opportunité, voire de la légitimité de l'élaboration de normes pénales européennes en la matière, que dans d'autres domaines, plus traditionnels, de la politique criminelle³.

Normatif, parce que, conscients de cette particularité, les rédacteurs du Traité de Lisbonne ont opté pour une nette distinction entre la lutte contre la fraude et la lutte contre les autres eurocrimes,

(1) V. M. Delmas-Marty, À la recherche d'un langage commun, in M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage et E. Lambert-Abdelgawad (dir.), L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, Société de législation comparée, Paris, 2003, 373-377 – G. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law : American, Comparative, and International*, vol. 1, Foundations, Oxford University Press, New York, 2007.

(2) C. Sotis, La poule et l'œuf : intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale, p. 255, in M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber (dir.), J. Lelieur (coord.), Les chemins de l'harmonisation pénale – *Harmonising Criminal Law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, 253-268.

(3) V. entre autres *European Criminal Policy Initiative*, Manifeste pour une politique criminelle européenne, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, n° 12, p. 717-726, précisément, p. 719 (II, 1).

en soumettant la première à un régime de protection bien plus avancé ⁴.

Historique, enfin, car c'est autour de la protection des intérêts financiers de l'Union que fut pratiquement ouvert le débat sur l'harmonisation des systèmes pénaux européen, voire sur l'émergence d'un *ius puniendi* européen autonome. Comme le fait observer Carlo Sotis, « l'harmonisation de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne, au-delà de son objet propre, revêt une dimension plus générale. Ce domaine peut, en effet, être considéré comme un paradigme idéal, parce qu'il est le "laboratoire" le plus en pointe de l'harmonisation » ⁵.

Dix-huit ans se sont écoulés depuis l'apparition des premiers éléments d'une protection pénale harmonisée – voire d'une protection « pénale administrative » directe – des intérêts financiers de l'Union ⁶. Et c'est à la suite de longs débats, ainsi qu'après une série de démarches qui n'ont jamais vu le jour – entre autres, un projet de mini-code pénal européen ⁷, un projet de traité constitutionnel, mais aussi une première proposition de directive en la matière publiée en 2001 et modifiée en 2002 ⁸ – que le Traité de Lisbonne a conféré à l'Union européenne une base juridique explicite pour adopter des normes pénales. Dans ce contexte, la Commission revint en juillet 2012 avec une proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, afin de remplacer le cadre en vigueur ⁹. Toutefois, si la mise à jour du cadre antérieur était en effet nécessaire (I.), le potentiel d'efficacité du nouveau texte semble être réduit, à défaut d'une harmonisation plus poussée de quelques notions de droit pénal général (II.).

II. – POURQUOI UNE NOUVELLE DIRECTIVE ?

L'interrogation comporte deux sous-questions : pourquoi un nouveau texte pour la protection des intérêts financiers de l'Union serait-il nécessaire (A) et pourquoi faudrait-il opter pour une directive plutôt que pour un autre instrument (B) ?

A – De la nécessité d'une mise à jour u cadre juridique précédent : les nouveautés substantielles de la proposition de directive de 2012 au regard de la Convention PIF de 1995

Selon l'exposé des motifs de la proposition en question, le nouveau texte s'imposerait, car « malgré le développement de l'ac-

quis de l'UE dans ce domaine, qui inclut la fraude, la corruption et le blanchiment de capitaux, les États membres ont adopté des règles divergentes, entraînant souvent des écarts dans les niveaux de protection prévus par leurs régimes juridiques internes » ¹⁰; ce qui aurait « une incidence négative sur l'efficacité des politiques de l'Union visant à protéger ses intérêts finan-

(4) Au-delà des dispositions générales des articles 83 et suivants du TFUE, des dispositions spécifiques sont prévues pour la protection des intérêts financiers par les articles 86 et 325 du même Traité. Par ailleurs, la proposition actuelle de règlement portant création du Parquet européen (COM[2013] 534 final, 17 juill. 2013 – 2013/0255 (APP), [SWD[2013] 274 final] [SWD[2013] 275 final]) ne concerne que la protection des intérêts financiers de l'Union. L'article 325 § 4 du TFUE prévoit cependant l'élargissement des compétences du Parquet européen par simple décision du Conseil européen.

(5) C. Sotis, *op. cit.*, p. 253.

(6) Il s'agit notamment de ladite Convention PIF et de ses protocoles (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, 27 nov. 1995, 49-57 ; 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, 23 oct. 1996, 1-10 ; protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE, n° C-151, 20 mai 1997, 1-14 ; 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, 19 juill. 1997, 11-22), ainsi que dudit règlement PIF (Règl. CE/EURATOM n° 2988/95 du Conseil, 18 déc. 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE, n° L 312, 23 déc. 1995, 1-4).

(7) V. not. M. Delmas-Marty et J. A. E. Vervaele, *La mise en œuvre du Corpus Juris* dans les États membres, Intersentia, Anvers/Groningue/Oxford, 2000.

(8) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, COM(2001) 272 final – COD 2001/115, 28 août 2001, JOCE, n° C-240 E, 28 août, p. 125-129 ; proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté (présentée par la Commission conformément à l'article 250 § 2 du Traité CE, COM(2002) 577 final – COD 2001/0115, JOUE, n° C-071 E, 25 mars 2003, 1-2.

(9) COM(2012) 272 final, 11 juill. 2012 – COD 2012/0193, [SWD(2012) 195 final] [SWD(2012) 196 final]. V. aussi : communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, COM(2011) 573 final, 20 sept. 2011 ; communication de la Commission (...), sur la protection des intérêts financiers de l'Union par le droit pénal et les enquêtes administratives. Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables, COM(2011) 293 final, 26 mai 2011 [SEC(2011) 621 final] ; communication de la Commission (...), Renforcer les régimes de sanctions dans le secteur des services financiers, COM(2010) 716 final, 8 déc. 2010, [SEC(2010) 1496 final] [SEC(2010) 1497 final] ; rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Protection des intérêts financiers de l'Union – Lutte contre la fraude – Rapport annuel 2010, COM(2011) 595 final, [SEC(2011) 1107 final] [SEC(2011) 1108 final] [SEC(2011) 1109 final] – GHK, *Study on the legal framework for the protection of EU financial interests by criminal law*, RS 2011/07 : rapport final, Bruxelles, 4 mai 2012 ; E. Perillo, Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse *de jure condito* et quelques perspectives *de jure condendo*, FIDE, xxv^e Congrès, Tallinn, 2012, Topic III, rapport institutionnel ; V. Mitsilegas, *The Area of Freedom, Security and Justice from Amsterdam to Lisbon. Challenges of Implementation, Constitutionality and Fundamental Rights*, FIDE, xxv^e Congrès, Tallinn, 2012, Topic III, rapport général.

(10) Proposition de directive, exposé des motifs, p. 2. Cette divergence est par ailleurs soulignée à plusieurs reprises par la communication précitée de la Commission du 26 mai 2011, qui a largement inspiré la proposition du 11 juill. 2012.

ciers »¹¹. Toutefois, à l'exception d'un léger élargissement des comportements visés et de la – très importante, du moins symboliquement – fixation de seuils minimaux applicables aux peines d'emprisonnement et aux délais de prescription, la nouvelle proposition de directive reprend pour l'essentiel le contenu de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (dite « Convention PIF ») de 1995 et de ses protocoles (qu'elle remplace), ainsi que de quelques autres textes déjà adoptés en la matière.

Sans qu'un commentaire article par article soit ici possible, il faut, avant de tirer des conclusions plus générales, regarder brièvement les dispositions principales du nouveau texte, en les comparant avec les dispositions antérieures.

En ce qui concerne les infractions proposées, la définition de la fraude de l'article 3 est textuellement reprise de l'article 1^{er} de la Convention de 1995¹². Pour leur part, les infractions pénales liées à la fraude, prévues par l'article 4 de la proposition, peuvent, pour la plupart, trouver leurs origines dans la directive CE n° 2005/60 sur le blanchiment de capitaux et dans le premier protocole de la Convention PIF. Une première nouveauté ici concerne un léger élargissement de la notion de corruption : il ne sera plus nécessaire que le comportement réprimé soit « contraire aux devoirs officiels » de l'agent. En outre, la notion plus large d'« agent public » remplace celle plus restreinte de « fonctionnaire ». Pour le reste, les innovations principales de l'article 4 consistent en l'obligation pour les États membres d'incriminer les comportements malhonnêtes de la part des soumissionnaires dans le cadre d'un marché public¹³, ainsi que l'élargissement du détournement des fonds au préjudice des intérêts financiers de l'Union, puisque ce dernier serait dans la majorité des cas déjà incriminé en vertu de l'article 3, a, iii et b, iii, à savoir « l'acte intentionnel d'un agent public, consistant à engager ou dépenser des fonds ou à s'approprier ou utiliser des biens d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers et dans l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union » (art. 4 § 4)¹⁴. Il est bien évident que les infractions accessoires doivent aussi porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Les définitions de la corruption, du blanchiment et du détournement qui pourraient être adoptées en vertu de la directive en question¹⁵ ne concerneraient que ce domaine spécial.

Suivant une pratique constante depuis des années¹⁶, le nouveau texte prévoit aussi des dispositions essentielles de droit pénal général. À l'instar de l'article 2 § 1 de la Convention de 1995, la proposition crée pour les États, par son article 6, une obligation d'incriminer, à côté des infractions principales, l'incitation, la tentative et la complicité à ces infractions, en laissant

cependant, encore une fois, la définition et l'encadrement de ces notions de droit pénal général aux parlements nationaux. En outre, l'article 6 reprend – pratiquement textuellement – l'article 3 du deuxième protocole additionnel à la Convention PIF¹⁷ et impose aux États membres de faire en sorte que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions pénales visées par la proposition, tout en excluant que cette responsabilité se substitue à celle des personnes physiques. Il est à noter que, nonobstant une certaine ambiguïté des termes employés, la conservation de l'ancienne disposition – qui parle d'amendes « pénales ou non pénales » et d'autres sanctions – laisse toujours aux législateurs nationaux la faculté de choisir entre une responsabilité pénale *stricto sensu* ou une responsabilité « para-pénale » administrative, afin de ne pas trop contraindre les États qui restent attachés au principe *societas delinquere non potest*¹⁸.

En ce qui concerne les sanctions à l'encontre des personnes physiques, la proposition conserve l'expression de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire « du maïs grec »¹⁹, reprise par la Convention PIF et devenue désormais classique, des « peines effectives, proportionnées et dissuasives ». Ces sanctions peuvent inclure des peines d'emprisonnement (obligatoires pour les cas les plus graves) et des amendes, alors que pour les délits mineurs les États peuvent opter pour des sanctions autres que pénales. À la différence cependant de la Convention de 1995, l'article 8 de la proposition prévoit la

(11) Proposition de directive, exposé des motifs, p. 3.

(12) Des modifications mineures ont été proposées tant par la Cour des comptes (avis n° 8/2012, JOUE, n° C-383, 12 déc. 2012. 1-2) que par le Conseil (débat du 6 juin 2013, [COD] 2012/0193). Toutefois, la procédure législative étant, au moment de la rédaction du présent article, toujours ouverte, le texte qui sera étudié ici est essentiellement celui proposé par la Commission.

(13) « Toute communication d'informations ou absence de communication de ces informations à des entités ou autorités chargées d'attribuer un marché public ou d'octroyer une subvention impliquant les intérêts financiers de l'Union, par des soumissionnaires ou des candidats ou par des personnes œuvrant ou associées à l'élaboration des réponses à des appels d'offres ou des demandes de subvention de ces participants, lorsque cet acte est commis intentionnellement dans le but de contourner ou de fausser l'application des critères d'éligibilité, d'exclusion, de sélection ou d'attribution » (Proposition de directive, art. 4 § 1).

(14) En effet, la disposition de l'article 4 § 4 ne se limite pas au détournement direct de fonds communautaires, mais s'étend également à tout détournement de fonds, même nationaux, qui porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Toutefois, il faut que cette atteinte aux intérêts de l'Union soit couverte par l'élément intentionnel de l'acte.

(15) V. aussi débat au Conseil du 6 juin 2013 : COD 2012/0193.

(16) V. aussi D. Flore, *Droit pénal européen*, Larcier, Bruxelles, 2009. 216 s.

(17) V. *supra*, note 6.

(18) Pour des analyses très récentes sur ce sujet, v. G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Société de législation comparée, Paris, 2013.

(19) CJCE, 21 sept. 1989, aff. 68/88, *Commission c/ Grèce*, Rec. CJCE 2965.

fixation de seuils minimaux des peines – minimales et maximales – d'emprisonnement⁽²⁰⁾. Le régime des sanctions à l'encontre des personnes morales est pratiquement identique à celui du deuxième protocole de la Convention PIF (art. 4). La seule nouveauté est ici la peine de fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction. Tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales, les États membres doivent veiller « à ce que les produits et instruments des infractions visées au titre II soient gelés et confisqués selon la directive [...] concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne⁽²¹⁾ » (art. 10). En outre, pour les sanctions pénales ou assimilables aux sanctions pénales, le principe *ne bis in idem* doit être respecté. Les sanctions d'une autre nature, qui ont déjà été infligées à la même personne pour le même comportement, peuvent être prises en considération lors de la condamnation de ladite personne pour une infraction pénale visée par la proposition. Enfin, un délai de prescription minimal est instauré, régissant le délai de prescription pour l'exécution des sanctions infligées à la suite d'une condamnation définitive⁽²²⁾.

Pour résumer ce qui vient d'être exposé, la seule vraie « révolution » apportée par la proposition de la Commission semble être l'obligation des États d'imposer des sanctions pénales spécifiques, dictées par l'Union. Plutôt que substantielle, la grande importance de cette nouveauté est surtout symbolique : un tabou brisé, qui marque le passage de l'ère Maastricht/Amsterdam vers l'ère Lisbonne. Pour le reste, le nouveau texte n'apporte guère d'avancements spectaculaires. Et pourtant, il n'est pas inutile. Outre l'aspect symbolique susmentionné, son objectif semble être, d'un point de vue pratique cette fois, le remplacement d'un instrument « complémentaire » du droit de l'Union européen, telle la Convention PIF, par un instrument « communautaire » classique, telle la directive, ainsi que l'homogénéisation, conformément au Traité de Lisbonne, de textes disparates dans leur nature et leur contenu, issus – pour la plupart – de l'ancien troisième pilier de l'Union.

B – Le choix d'une directive : harmonisation plutôt qu'unification

Imposant un résultat sans imposer les moyens de l'atteindre, la directive est devenue, avec le Traité de Lisbonne et la suppression des décisions-cadres, l'instrument par excellence de l'harmonisation pénale au sein de l'Union européenne⁽²³⁾. Elle n'est pourtant pas le seul.

Dans l'« analyse d'impact »⁽²⁴⁾ accompagnant la proposition, on constate que cinq alternatives ont été envisagées par la Com-

mission. La première option aurait été de conserver en tant que tel le *statu quo*, alors que la deuxième se serait traduite par l'adoption supplémentaire de quelques mesures de « droit mou ». En vue de la réalisation des objectifs visés, l'efficacité de ces deux options a été jugée – correctement – très faible. En effet, une nouvelle législation était pratiquement nécessaire, vu la lettre et l'esprit du Traité de Lisbonne. La troisième option qui aurait consisté en la transcription de la convention PIF et de ses protocoles en un instrument relevant des nouvelles règles du traité pourrait sans doute améliorer la cohérence du cadre normatif, mais sa valeur ajoutée en matière de protection des intérêts financiers de l'Union serait restée très limitée.

En réalité, le choix a plutôt été celui entre un instrument d'harmonisation, telle une directive (option 4), et un instrument d'unification, tel un règlement (option 5). Selon l'analyse d'impact⁽²⁵⁾, les deux options seraient « toutes deux efficaces pour réaliser l'ensemble des objectifs généraux et spécifiques. Cependant, en termes d'efficacité, l'option 4 serait moins intrusive pour les systèmes judiciaires des États membres ». L'option 4 aurait donc « pour effet d'accroître la protection des intérêts financiers de l'UE, à la fois en étendant la protection pénale à des domaines qui sont le théâtre d'activités illégales graves et/ou particulièrement nuisibles et qui ne sont actuellement pas couverts par la Convention PIF et en prévoyant des niveaux de sanction minimaux applicables aux types d'infractions tant existants que nouveaux, ce qui garantirait un cadre homogène et la clarté de la législation dans l'ensemble de l'UE ».

Deux points sont à retenir ici. Le premier est que les institutions européennes (du moins la Commission) se reconnaissent, pour la première fois depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, une compétence pénale directe (par voie de règlement) et pleine (y compris l'édiction des sanctions), en matière de protection des intérêts financiers de l'Union. Si pour une partie de la doctrine une telle compétence était explicitement attribuée par le texte du Traité, l'ambiguïté monumentale de l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) laissait les au-

(20) Il faut noter que l'instauration de seuils minimaux des peines a suscité des réactions de la part de certains États membres et, vu le résumé du débat au Conseil du 6 juin 2013 (COD 2012/0193), sera probablement abandonnée dans le texte définitif.

(21) Cette directive devrait être adoptée à la suite de la proposition de directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne, COM (2012) 85 – COD 2012/0036, (SWD(2012) 31 final) (SWD(2012) 32 final).

(22) L'article concernant la prescription pour les infractions a été légèrement remanié lors du débat au Conseil du 6 juin 2013 : v. COD 2012/0193.

(23) Art. 288 TFUE.

(24) SWD(2012) 195 final.

(25) V. SWD(2012) 196 final, p. 8 s.

teurs divisés, certains refusant absolument une telle compétence et certains ne l'admettant que pour la définition des normes d'incrimination et non pas pour l'indication du type et de l'ampleur des sanctions applicables²⁶.

Le deuxième point qui mérite l'attention, complémentaire du premier, est que, apparemment consciente des problèmes de légalité posés par l'ambiguïté de l'article 86 TFUE et, en même temps, d'un climat d'euroscepticisme croissant, la Commission choisit la voie la plus prudente, afin de ne pas provoquer une tourmente de réactions et mettre en question la légitimité de son action. Encore plus réticent, le Conseil semble préférer fonder le nouveau texte plutôt sur la compétence pénale « accessoire » de l'article 83 § 2 du TFUE que sur les dispositions du Traité visant spécifiquement la protection des intérêts financiers de l'Union. Lors du débat précité du 6 juin 2013, « une nette majorité de délégations a indiqué que la base juridique de la proposition devrait être l'article 83, paragraphe 2, en lieu et place de l'article 325, paragraphe 4, tel que proposé par la Commission ». La nature de ces réticences est, bien entendu, de prime abord politique. Il y a néanmoins aussi des problèmes techniques qui se cachent derrière. Des problèmes dus notamment à la grande diversité des systèmes nationaux de droit pénal général.

II. – « PLURALISME ORDONNÉ »²⁷ OU « MONISME DÉSORDONNÉ » ?

La lecture parallèle de l'exposé des motifs de la proposition de directive en question et du texte normatif à adopter révèle une logique presque paradoxale. Alors que la diversité des systèmes juridiques se présente comme le problème essentiel qui aurait empêché la mise en œuvre du cadre juridique précédent, le seul rapprochement envisagé par le nouveau texte concerne des dispositions de droit pénal spécial. Les dispositions de droit pénal général, bien qu'elles existent, ne semblent pas apporter des nouveautés. À titre d'exemple, l'obligation pour les États de sanctionner pénalement la tentative ou la participation à une infraction ne risque pas de révolutionner les droits pénaux, puisque ces comportements sont déjà sanctionnés par tous les systèmes pénaux des pays européens. Ce qui peut en revanche poser des problèmes est la diversité sémantique de ces notions et l'hétérogénéité de leurs conséquences juridiques. Autrement dit, même si l'on adoptait des sanctions communes, par exemple par voie de règlement, les solutions juridiques finalement adoptées seraient très diversifiées, en raison des différents systèmes de droit pénal général, ou même de droit processuel. Cela étant

dit, la voie choisie par la Commission n'est pas forcément critiquable. Car, malgré son utilité incontestable (A), une harmonisation plus poussée des droits pénaux généraux poserait sans doute des problèmes de légitimité (B).

A – De l'utilité d'un rapprochement des droits pénaux généraux

En effet, l'utilité d'un certain rapprochement des droits pénaux généraux n'est pas facilement contestable²⁸. Bien qu'il soit impossible d'approfondir ici ce sujet extrêmement vaste et amplement traité par la doctrine, il faut rappeler que la complexité normative inquiète les pénalistes depuis le début du XX^e siècle. Aujourd'hui, en temps de mondialisation, d'une part, de crise socio-économique-politique, d'autre part, elle est devenue une des préoccupations cardinales, à la fois des praticiens et des théoriciens du droit. La dédogmatisation graduelle des droits pénaux, observable depuis un certain temps, particulièrement en France, qui laisserait la gestion de cette complexité aux mains des jurisprudences, nationales et supranationales, ne fit qu'accentuer ce problème²⁹. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les écarts ne concernent pas uniquement les deux grandes familles de systèmes juridiques, la romano-germanique et l'anglo-saxonne. Des différences subtiles – du moins pour l'observateur non-pénaliste – mais importantes apparaissent également au sein du « même » système romano-germanique.

Certes, à côté de l'harmonisation des droits pénaux spéciaux, il y a aussi une harmonisation des principes fondamentaux du droit, qui est entreprise notamment au sein du Conseil de l'Europe et plus précisément par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Mais entre l'harmonisation surspécia-

(26) V. entre autres A. Bernardi, L'harmonisation pénale accessoire, not. note n° 48, in G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, Paris, 2012. 153-184 ; C. Sotis, *Criminaliser sans punir. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, RSC 2010. 773-785.

(27) V. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Les forces imaginantes du droit (t. 2), éd. du Seuil, Paris, 2004.

(28) V. entre autres K. Ambos, *Towards a Universal System of Crime : Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law*, *Cardozo Law Review*, vol. 28, n° 6, 2007. 2647-2673 ; S. Manacorda, Introduction, in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), J. Tricot (coord.), *L'intégration pénale indirecte : interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Société de législation comparée, Paris, 2005. 21-30 – *Contra* J. Pradel, *Les grandes tendances d'européanisation des systèmes pénaux nationaux*, *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 3-4, 2009. 1015-1038, not. p. 1030.

(29) À ce sujet, v. I. Rodopoulos, *La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ? Esquisse d'une dialectique entre une crise normative et une crise factuelle*, RSC 2013. 1-22.

lisée du droit de l'Union européenne et l'harmonisation « mét-générale » de la CEDH, il y a un vide important, qui laisse en dés-harmonie des notions essentielles du droit pénal général, voire le concept d'infraction lui-même. Il est à noter que, malgré le degré d'intégration sensiblement plus élevé du droit de l'Union européenne par rapport au droit international, le droit international pénal a beaucoup mieux réussi – nonobstant les difficultés toujours persistantes – à gérer cette dysharmonie et à poser les bases d'un système pénal fondamental commun. Dans la mesure où l'harmonisation des systèmes juridiques européens continue à constituer un objectif souhaitable, les juristes européens seront, tôt ou tard, obligés de se mettre d'accord, d'une manière ou d'une autre, sur un corpus de règles minimales – même fragmentaires – de droit pénal général.

B – De la légitimité d'un rapprochement des droits pénaux généraux

Or, pour utile qu'il soit, un rapprochement des droits pénaux généraux au sein de l'Union européenne n'est pas nécessairement, dans la situation actuelle, aussi légitime. En effet, si la légitimité de l'Union européenne dans la protection de ses intérêts financiers est plus ou moins reconnue, elle reste pourtant confinée à ce domaine³⁰. Un domaine qui ne semble par ailleurs pas être, selon la juste remarque de Stefano Manacorda, suffisamment significatif pour donner lieu à une transformation culturelle et politique d'une aussi grande envergure que la création d'un droit pénal commun³¹.

Les objections principales à la légitimité de l'Union européenne pour édicter des normes pénales de nature plus générale peuvent se regrouper en deux catégories : celles qui se réfèrent au principe de la légalité criminelle et celles qui soulignent la nécessité de sauvegarder une certaine diversité du droit pénal comme reflet de la diversité culturelle et sociopolitique sous-jacente à l'édifice européen, en s'appuyant juridiquement sur le principe de subsidiarité et sur la souveraineté nationale.

En ce qui concerne le principe de légalité, les problèmes touchent tant la procédure d'élaboration des normes que la clarté du texte même des traités. D'une part, malgré les améliorations obtenues avec le Traité de Lisbonne et le renforcement du rôle du Parlement, l'élaboration des normes au sein des institutions européennes souffre toujours d'un certain « déficit démocratique », qui a fait l'objet, depuis longtemps, d'une littérature abondante. Ce déficit démocratique a été certes souvent tant surestimé que sous-estimé ; il demeure néanmoins un véritable problème, aussi bien comme réalité que comme discours, que les inspirateurs d'un droit pénal commun de demain ne sau-

raient négliger³². D'autre part, c'est le texte du TFUE lui-même qui n'est guère suffisamment clair et précis quant à l'édiction de normes pénales, par exemple par voie de règlements³³.

Souvent combinées avec celles liées au principe de la légalité, les objections qui s'appuient sur le principe de subsidiarité s'articulent autour des craintes, soit d'une sur-homogénéisation culturelle de l'Europe (variante eurosceptique), soit d'une sur-pénalisation du droit, due à la juxtaposition de normes pénales nationales et supranationales (variante europhile-libérale). En effet, malgré son rôle cardinal dans la construction européenne, le principe de subsidiarité apparaît de moins en moins consistant en pratique³⁴, ce qui peut poser des problèmes, surtout puisqu'il est assez évident que les fédéralistes radicaux qui voudraient voir les codes pénaux nationaux remplacés d'un coup par un code pénal européen ne constituent qu'une très faible minorité.

Or, pour bien fondées que soient ces objections, elles ne semblent pas suffire pour nous faire abandonner le débat en question.

En ce qui concerne la question de la subsidiarité, il est vrai qu'une homogénéisation précipitée au préjudice de la diversité culturelle et juridique européenne risquerait de s'avérer catastrophique. Toutefois, si, d'un côté, les systèmes juridiques doivent être compris dans leur historicité et dans leur contexte culturel, de l'autre côté, la diversité culturelle se reflète bien plus dans les droits pénaux spéciaux que généraux. Autrement dit, il serait peut-être plus rationnel, pour une Union européenne qui s'est construite autour d'une tradition sociopolitique et juridique – à un certain degré – commune, d'élaborer une politique criminelle appuyée sur des principes généraux communs, voire une dogmatique pénale commune, et permettre aux États des diversifications par rapport aux comportements interdits et aux sanctions encourues, que de créer des infractions et des sanctions communes, appuyées sur des sys-

(30) C. Sotis, La poule et l'œuf..., *op. cit.*, p. 259 – V. aussi *supra*, note n° 3.

(31) La « parabole » de l'harmonisation pénale : à propos des dynamiques d'intégration normative relatives à l'organisation criminelle, p. 273, in M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber (dir.), *op. cit.*, p. 269-287.

(32) À titre d'exemple, rappelons que les directives d'harmonisation pénale « accessoire » de l'article 83.2 du TFUE peuvent être adoptées selon une procédure législative spéciale, soustraite au droit de veto du Parlement européen. V. not. A. Bernardi, *op. cit.*

(33) V. *supra*, I, B.

(34) V. not. M. Van de Kerchove, Le principe de subsidiarité, et X. Pin, Subsidiarité versus efficacité, in G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *op. cit.*, p. 27-57.

tèmes méta-normatifs différents³⁵. L'harmonisation pénale en Europe a suivi jusqu'ici le second chemin. Mais un changement de direction ne signifierait pas nécessairement une rupture radicale avec l'« acquis » actuel. Des règles de droit pénal général pourraient être adoptées en plein respect du principe de subsidiarité, en ne s'appliquant qu'au strict domaine de droit pénal spécial – la protection des intérêts financiers de l'Union, à titre d'exemple – pour lequel elles auraient été conçues³⁶. L'expérience tirée du droit international pénal pourrait être très utile à cet égard.

Quant à la légalité, si les textes d'aujourd'hui ne permettent pas un rapprochement plus contraignant au niveau normatif, rien n'empêche qu'ils le permettent dans l'avenir, à condition que les États membres y soient favorables. Mais pour que les États membres y soient favorables, des tentatives de rapprochement extra-normatives seront préalablement nécessaires, afin d'arriver à un degré de consensus qui contrebalancerait le déficit démocratique actuel : des tentatives d'une systématisation commune des notions plutôt techniques, à titre d'exemple, de culpabilité, d'imputation, de participation, voire du concept d'infraction lui-même, d'abord par la doctrine, puis par des mesures éventuelles de « droit mou », avant que ces notions soient concrétisées par la jurisprudence et par des textes juridiques contraignants³⁷. De telles tentatives existent certes dans la doctrine depuis longtemps, mais restent, même aujourd'hui, assez rares et, en tout cas, insuffisantes pour aller plus loin³⁸.

Pour conclure, la proposition de la Commission doit être saluée, d'un point de vue juridique, pour les améliorations même lé-

gères qu'elle apporte au cadre précédent et, d'un point de vue politique, pour sa prudence et son réalisme. En revanche, pour atteindre les objectifs déclarés de la proposition de directive, un rapprochement, même fragmentaire, des droits pénaux généraux serait bien plus utile. L'utilité d'un tel rapprochement semblant être plus évidente que sa légitimité, les pas éventuels vers une telle direction devraient être entrepris avec grande précaution. Une détermination opiniâtre des technocrates de Bruxelles aurait peu à offrir. Pour être digne de son nom, l'« harmonisation » des droits pénaux devra résulter de procédures décisionnelles longues, dialogiques et démocratiques. Des procédures qui poseraient la base d'un « droit commun », qui serait tant « droit » que « commun ». 

(35) Même entre les systèmes romano-germaniques et de *common law*, les différences sont à la fois assez grandes, pour qu'une harmonisation soit nécessaire, et assez petites, pour qu'une telle harmonisation soit réaliste.

(36) V. aussi E. Rubi-Cavagna, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne*, RSC 2009. 501-521, not. p. 519.

(37) V. G. Fletcher, *op. cit.*, qui observe que, avant sa confirmation législative, l'adoption de la théorie normative de la culpabilité en Allemagne fut précédée – contrairement à d'autres projets de codification en Europe – par un débat académique, puis par une prise de position de la jurisprudence dans ce débat.

(38) Dans ce sens, v. entre autres K. Ambos, *Towards a Universal System of Crime : Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law*, *Cardozo Law Review*, vol. 28, n° 6, 2007. 2647-2673 ; G. Fletcher, *op. cit.* ; Francisco Muñoz-Conde, *"Rethinking" the Universal Structure of Criminal Law*, *Tulsa Law Review*, vol. 39, n° 4, 2004. 941-954.