

2016SACLV080

THESE DE DOCTORAT
DE
L'UNIVERSITE PARIS-SACLAY
PREPAREE A
L'UNIVERSITE VERSAILLES SAINT-QUENTIN EN YVELINES

ÉCOLE DOCTORALE N°578
Sciences de l'homme et de la société (SHS)
Spécialité de doctorat : Sciences juridiques

LABORATOIRE DE DROIT DES AFFAIRES ET NOUVELLES TECHNOLOGIES (DANTE)

Par

M. Hadrien Zanin

**La lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité
et de justice au moyen du droit pénal**

Thèse présentée et soutenue à Versailles, le 29 septembre 2016 :

Composition du Jury :

Madame **Sandrine CLAVEL**, Professeure agrégée, UVSQ, Doyenne de la faculté DSP, Présidente du Jury
Monsieur **Didier REBUT**, Professeur agrégé, Université Paris II Panthéon-Assas, Rapporteur
Monsieur **Marc SEGONDS**, Professeur agrégé, Université Toulouse 1 Capitole, Rapporteur
Monsieur **Guillaume DAÏEFF**, Magistrat instructeur, Pôle financier TGI Paris, Examineur
Madame **Marie MALAURIE-VIGNAL**, Professeure agrégée, UVSQ, Co-directrice de thèse
Madame **Anne-Dominique MERVILLE**, MCF HDR agrégée, Université de Cergy-Pontoise, Co-directrice de thèse

Titre : La lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal

Mots clés : Corruption ; Droit pénal européen ; Droit pénal des affaires; Union européenne ; Paquet anticorruption.

Résumé : Depuis le milieu des années 1990, plus d'une dizaine d'instruments internationaux destinés à lutter contre la corruption transnationale ont été adoptés. À l'échelle mondiale, la multiplication des échanges commerciaux a rendu nécessaire la mise en place d'une coopération interétatique susceptible de répondre à l'essor de la criminalité transfrontalière. En outre, l'harmonisation des législations, par le biais d'engagements internationaux contraignants, se présentait comme le seul moyen de réduire les distorsions de concurrence. Un retournement s'est ainsi opéré : l'autorisation implicite, voire la promotion des « frais commerciaux exceptionnels », a cédé la place à la criminalisation de la corruption transnationale. À l'échelle de l'Union européenne, la réalisation du marché unique et l'ouverture des frontières justifient l'adoption de plusieurs instruments spécifiques. Toutefois, les États membres refusent d'abandonner le droit de punir — ou de ne pas punir — prérogative régaliennne qui constitue l'un des attributs de la souveraineté. L'harmonisation des législations européennes a par conséquent été influencée par la problématique plus large d'un droit pénal de l'Union européenne en construction. Les dispositions destinées à lutter contre la corruption sont enfermées dans des instruments de nature intergouvernementale et sont strictement limitées afin de faire échec à l'éventualité d'une « communautarisation rampante ».

Quinze ans plus tard, la mise en œuvre de la législation anticorruption demeure inégale et l'ineffectivité de la répression en Europe contraste avec les lourdes condamnations des

entreprises européennes par des juridictions étrangères. La stratégie initiale, qui ne comprend aucun mécanisme de suivi afin d'assurer une pression permanente sur les États membres, montre ainsi ses limites et s'avère incapable de répondre aux enjeux actuels.

La présente étude cherche à appréhender les nouvelles dynamiques anticorruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de la « dépillarisation » opérée par le traité de Lisbonne. Elle met en exergue l'émergence d'une lutte contre la corruption à deux vitesses. Ainsi, l'intégration de la lutte contre la corruption au niveau supranational devrait, à moyen terme, se limiter à la protection des intérêts financiers de l'UE : elle se traduit, d'une part, par l'adoption d'une directive d'harmonisation du droit pénal substantiel et, d'autre part, par la mise en place d'un procureur européen garantissant une répression effective. Au-delà de cet objectif isolé, le « paquet anticorruption » de la Commission européenne n'amorce pas la rationalisation nécessaire du cadre juridique actuel. La pierre angulaire de la nouvelle stratégie est limitée à l'adoption d'un mécanisme d'évaluation périodique afin de susciter, par le biais du droit souple, un surcroît de volonté politique de la part des États membres.

Aussi, dans une démarche prospective, la présente thèse tend à démontrer que l'Union européenne constitue le niveau adéquat pour mener la lutte contre la corruption. Toutefois, son rôle moteur ne peut se réaliser, dans sa dimension tant répressive que préventive, qu'à travers l'incrimination de l'eurocrime de corruption.

Title : The fight against corruption within the area of freedom, security and justice by means of criminal law

Keywords: Corruption; European criminal law; Collar crime; European Union; Bribery ; Anticorruption package.

Abstract: Since the mid-1990s, more than ten international instruments aimed at fighting foreign bribery have been adopted. Globally, the increased trade has necessitated the establishment of an interstate cooperation likely to respond to the growth of cross-border crime. Furthermore, the harmonization of legislation, through binding international commitments, was the only way to reduce distortions of competition. A turnaround has thus been made: the implicit authorization, or sometimes even the promotion, of 'exceptional commercial costs', has been replaced by the criminalization of bribery.

At the European Union level, the single market and open borders justify the adoption of several specific instruments. However, Member States refuse to give up the right to sanction – or not to sanction – which is one of the attributes of sovereignty. The harmonization of anticorruption legislation was therefore influenced by the broader issue of a European criminal law. The provisions intended to fight corruption are enclosed in intergovernmental instruments and strictly limited in order to thwart the possibility of an unwanted 'communitarisation'.

Fifteen years later, the implementation of anti-corruption legislation remains uneven and the ineffectiveness of repression in Europe contrasts with the heavy sentences of European companies by foreign courts. The initial strategy, which includes no monitoring

mechanism to ensure constant pressure on Member States, shows its limits and is unable to meet the current challenges.

This study seeks to understand the new anticorruption dynamics within the area of freedom, security and justice after the 'depillarisation' made by the Lisbon Treaty. It highlights the emergence of a two-tier approach in the fight against corruption. The integration of the fight against corruption at the supranational level should, in the medium term, be limited to the protection of the financial interests of the EU: it translates, firstly, by the adoption of a new directive aimed at harmonizing substantive criminal law and, secondly, by the establishment of a European public prosecutor ensuring effective prosecution. Beyond this single goal, the 'anti-corruption package' of the European Commission does not initiate the necessary rationalization of the existing legal framework. The cornerstone of the new strategy is limited to the adoption of a periodic evaluation mechanism in order to generate, through soft law, additional political will on the part of Member States.

In a forward-looking approach, this thesis suggests that the European Union is the appropriate level to lead the fight against corruption. However, its central role can only be achieved through the criminalization of corruption as a eurocrime.

REMERCIEMENTS

Qu'il me soit permis au seuil de cette étude, d'exprimer ma profonde gratitude à Madame la Professeure Marie Malaurie-Vignal et à Madame Anne-Dominique Merville, Maître de conférences, qui ont bien voulu diriger ces recherches.

Leurs conseils passionnés et avisés, leurs nombreuses remarques et leur très grande disponibilité dans les moments inspirés ou difficiles m'ont éclairés et soutenus tout au long de ce long chemin qu'est un travail de thèse. Elles ont ainsi grandement contribué à la concrétisation de cette thèse.

Je tiens également à exprimer ma très sincère reconnaissance à Madame la Professeure Sandrine Clavel et à Messieurs les Professeurs Marc Segonds et Didier Rebut ainsi qu'à Monsieur Guillaume Daëff, magistrat instructeur, qui m'ont fait l'honneur de participer au jury de soutenance de cette thèse.

De nombreux praticiens de la lutte contre la corruption au sein de l'Office européen de lutte antifraude ont bien voulu m'accorder des entretiens à l'origine de pistes de réflexions essentielles de mes recherches, je souhaite les en remercier ici vivement.

Je tiens également à remercier avec un profond respect, Monsieur Daniel Fontanaud, président de chambre de la cour d'appel de Paris, pour ses conseils bibliographiques avisés.

J'adresse mes vifs remerciements au Professeur François Pasqualini, Directeur du master 122 de Droit approfondie de l'entreprise de l'Université Paris-Dauphine qui m'a inspiré le sujet de mes recherches et à n'en pas douter orienter ma carrière.

Je ne voudrais pas oublier d'adresser des remerciements appuyés à Mesdames Adeline Pasquier et Julie Surget, juristes au sein du groupe Betom, qui m'ont accueilli au sein du département juridique qu'elles dirigent. Leur soutien m'a été précieux.

Enfin, ces remerciements n'auraient aucun sens si je ne mentionnais pas mes proches, celles et ceux qui m'ont accompagné pendant cette période de thèse. Un merci tout particulier à Clélia pour son soutien sans faille et sa patience constante.

Merci à Florent, Alex, Pierre, Marine et Diego pour les moments de partage qui m'ont souvent permis de rompre la solitude du chercheur. L'affection de ma famille et de mes amis a été et reste un réconfort essentiel.

La faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui restent propres à leur auteur.

SOMMAIRE

PRINCIPALES EXPRESSIONS UTILISÉES	4
INTRODUCTION	9
 <i>PREMIÈRE PARTIE • LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE D'UN CADRE JURIDIQUE</i>	
ANTICORRUPTION PROPRE A L'UNION EUROPEENNE	55
 Titre I - Le maintien des instruments intergouvernementaux après le Traité de Lisbonne	
57	
CHAPITRE I – La convention du 26 mai 1997 : la protection du secteur public européen contre la corruption	60
CHAPITRE II – La décision-cadre du 22 juillet 2003 : la protection de la concurrence contre la corruption	140
 TITRE II - LA COMMUNAUTARISATION INACHEVÉE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION	
177	
CHAPITRE I – Le retour vers une harmonisation pénale accessoire à la protection des intérêts financiers	180
CHAPITRE II – Vers un nouveau cadre juridique : perspectives	279
 <i>SECONDE PARTIE • LE « PAQUET ANTICORRUPTION » : À LA RECHERCHE D'UNE</i>	
LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EFFICACE	331
 Titre I - La mise en œuvre inégale de l'acquis anticorruption	
332	
CHAPITRE I – La transposition incomplète du cadre juridique de l'UE.....	333
CHAPITRE II – L'intégration des mesures anticorruption face à l'ineffectivité des processus répressifs	357
 Titre II - De la coopération à l'intégration : vers une lutte contre la corruption supranationale ?	
..... 429	
CHAPITRE I – L'émergence d'un droit anticorruption souple : entre complémentarité et mimétisme	430
CHAPITRE II – La réforme de l'OLAF : le renforcement de l'efficacité opérationnelle des enquêtes anticorruption européennes.....	512
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 563

T ABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET DES ABREVIATIONS

ADE	Annuaire de droit européen
<i>Adde</i>	Ajoutez
AFCOS	Anti-fraud coordination service
AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AFRI	Annuaire français des relations internationales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique pénal
<i>Al.</i>	<i>Alinéa</i>
Art.	Article
Ass.plén.	Assemblée plénière.
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CAAS	Convention d'application des Accords de Schengen
CCass	Cours de cassation
CConst	Conseil constitutionnel
CDE	Cahier de droit européen
CE	Communauté européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
COM	Document de travail de la Commission européenne
Comp.	Comparer
Cons.	Considérant
Const.	Constitution
Conv.	Convention
Conv.EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
D.	Décret
DA.	Droit administratif
Dalloz	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Doc.	Document
Doctr.	Doctrine
Dr. Adm.	Revue Droit administratif
Dr. Pénal	Droit pénal
Ed.	Édition
Égal.	Également
ELJ	<i>European Law Journal</i>
ELR	<i>European Law review</i>
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
Europe	Revue Europe

Fasc.	Fascicule
GAFI	Groupe d'action financière
GMC	Groupe multidisciplinaire sur la corruption
GRECO	Groupe d'États contre la Corruption
IACAC	Convention interaméricaine contre la corruption
<i>In</i>	Dans
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Plus bas, au-dessous
JAI	Justice et affaires intérieures, coopération policière et judiciaire en matière pénale
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaire
JCP G	La semaine juridique édition générale
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal officiel de la République française
L	Loi
Lebon	Recueil des arrêts du conseil d'État
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i>
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
Not.	Notamment.
NPA	<i>Non-Prosecution Agreements</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEA	Organisation des Etats Américains
OIPC	Organisation internationale de police criminelle
OLAF	Office européen de lutte antifraude
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	Page
pp.	Pages
para./§	Paragraphe
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
Procédures	Revue Procédures
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDLA	Revue Lamy droit des affaires
RDP	Revue de droit public
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil de jurisprudence
Rép. Europ.	Répertoire de droit européen

Rép. Intern.	Répertoire de droit international Dalloz
Rép. Pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénal Dalloz
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
Règl.	Règlement
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RID pén.	Revue internationale de droit pénal
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RMCUE(RMC)	Revue du marché commun de l'Union européenne (anciennement Revue du marché commun)
RMUE	Revue du marché unique européen (devenue Revue du droit de l'Union européenne)
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSE	Responsabilité sociale et environnementale
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(s)
SCPC	Service central de prévention de la corruption
Spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Plus haut, au-dessus
t.	Tome
T. corr.	Tribunal, chambre correctionnelle
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TECE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFP	Tribunal de la fonction publique
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	<i>Transparency International</i>
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité instituant l'Union européenne
UE	Union européenne
UKBA	UK Bribery Act
vol.	Volume
V. p.	Voir page indiquée
V. ss	Voir sous le numéro de paragraphe indiqué à l'intérieur de la thèse

PRINCIPALES EXPRESSIONS UTILISÉES

Convention ONU Convention de Merida	Convention des Nations Unies contre la corruption.
Convention OCDE	Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.
Convention pénale	Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe.
Premier protocole PIF	Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995.
Deuxième protocole PIF	Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 19 juin 1997.
Protocole CJCE	Protocole du 29 novembre 1996 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.
Convention Europol	Convention sur la base de l'article K.3 du traité de l'Union européenne portant création d'un office européen de police.
Étude interne (partie IB)	Commission Staff Working Paper, Impact Assessment (Part I) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, 11 juill. 2012, SWD(2012) 195 final.
Étude externe (partie IB)	Étude du cabinet GHK, Study on the legal framework for the protection of EU financial interests by criminal law RS 2011/07 - Final Report, 4 mai 2012.

AVERTISSEMENTS

CONCERNANT LES LIENS INTERNET

Tous les liens internet sont valides et accessibles au 29 juillet 2016.

La mise en forme des liens privilégie la formalisation de l'impression papier. La consultation électronique nécessite de supprimer les espaces des liens.

CONCERNANT LES RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Les *op. cit.* renvoient à une référence située dans la même page ou, au plus loin, dans les deux pages précédentes.

Lorsqu'une référence longue est utilisée de nombreuses fois dans la même partie, elle peut apparaître en abrégé dans la suite de la partie. Par exemple, « Rapport anticorruption de l'UE, COM(2014) 311 » apparaîtra dans la suite de la partie sous la forme raccourcie « COM(2014) 311.

CONCERNANT LA DOCUMENTATION OFFICIELLE

La documentation officielle relative à l'Union européenne et aux conventions internationales portant sur la lutte contre la corruption peut être retrouvée à partir des sites présentées en fin d'ouvrage sous la rubrique 'SITOGRAFIE'.

*La corruption, ce peu d'aptitude à goûter les avantages de la liberté,
a nécessairement sa source dans une extrême inégalité*

Nicolas Machiavel

Discours sur Tite-Live, Livre premier
Œuvres complètes de N. Machiavelli, Volume 1

*So Vice is beneficial found,
When it's by Justice lopt and bound;
Nay, where the People would be great,
As necessary to the State,
As Hunger is to make 'em eat.
Bare Virtue can't make Nations live
In Splendor; they, that would revive
A Golden Age, must be as free,
For Acorns, as for Honesty.*

Bernard Mandeville,

The fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits (1705)

INTRODUCTION

I	Propos liminaires, p. 9
II	Les atteintes à l'État de droit, p. 16
III	Définitions de la corruption, p. 25
IV	Le contexte de l'internationalisation de la lutte contre la corruption, p. 30
V.	L'eupéanisation de la lutte contre la corruption (Problématique générale), p. 44
VI	Méthodologie, Hypothèse et Plan, p. 51

*« Si d'un mort qui pourri repose
Nature engendre quelque chose,
Et si la generation
Se fait de la corruption,
Une vigne prendra naissance
De l'estomac et de la pance
Du bon Rabelais, qui boivoit
Tousjours ce pendant qu'il vivoit »*

Pierre de Ronsard,
Épigramme de François Rabelais (Bocage, 1554)

I

Propos liminaires

1. Le phénomène de corruption *« suscite la fascination, tant la contradiction, consubstantielle, semble-t-il, qui l'affecte l'élève à la hauteur d'un véritable paradoxe, en ce qu'il se trouve tout à la fois unanimement réprouvé et universellement répandu »*¹. Si le caractère universellement répandu de la corruption peut s'imposer immédiatement comme axiome, le blâme unanime semble traduire un effacement surprenant, sous l'influence de l'internationalisation du commerce, d'un certain relativisme². En effet, la

¹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, p. 23.

² À ce propos, v. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Tome 1 - *Le Relatif et l'Universel*, coll. La couleur des idées, éd. Seuil, Paris, 2004, pp. 241-307, spéc. pp. 246-247.

condamnation systématique de la corruption semble aujourd'hui supposer une « *pureté préalable, dont elle s'écarte en tout. Immorale, mauvaise, condamnable, répréhensible, la corruption, réelle ou fantasmée, se définit donc toujours en creux, par opposition à une norme préexistante* »³. ». Or, si certains comportements peuvent être transsociétaux, leur représentation est amenée à varier en fonction de la culture et de l'époque considérées et permet de remettre en cause l'évidence d'une réprobation absolue.

2. Corruption amoral. Chez les philosophes grecs, la « corruption » (*phthora*) est dénuée de sens moral et renvoie à l'idée de « *dégradation des êtres dans le devenir* » tout en annonçant une génération (*genesis*), c'est-à-dire « *le processus créatif par lequel les êtres se multiplient et se développent* »⁴. La corruption est donc conçue comme un cycle naturel et ne revêt aucune connotation morale. C'est sous l'influence de la culture judéo-chrétienne que la corruption s'est construite en Europe comme mal : « *Paul identifie ce qui est physiquement incorruptible – un corps éternel – avec le Bien suprême – une âme sauvée. Le tour est joué : l'idée de non-corruption a pris une valeur morale. Il ne reste plus qu'à redescendre de l'incorruptible au corrompu, empêtré dans le devenir, pour en faire l'incarnation du Mal : l'homme sujet aux séductions du monde, l'homme pécheur* »⁵. Hors de l'Europe, le droit musulman a également participé à l'élaboration d'une approche morale de la corruption tout en introduisant une nuance entre la conception religieuse, « *désordre sur terre* »⁶, et la conception laïque du terme⁷.

3. Humanisme. Dans un sens contraire, revenant à l'idée d'une « *dégradation des êtres dans le devenir* » sous l'influence des textes antiques, les penseurs humanistes ont cherché à rattacher la notion de corruption non plus uniquement à la morale mais essentiellement à la politique. Ainsi, Machiavel distingue trois espèces d'États (principauté, *optimates*, qui peut se comprendre comme « le gouvernement des

³ C. GOMEZ, S. MATELLY, « La corruption est-elle condamnable ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 83-89, spéc. p. 83.

⁴ G. KÆNIG, « Quelle morale pour la corruption ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 55-63, spéc. p. 56.

⁵ Idem.

⁶ Dans les pays qui appliquent la Charia, la transgression de cette norme morale peut aujourd'hui conduire au prononcé de la peine de mort. V., par ex., la condamnation à mort d'un homme d'affaires iranien pour « corruption sur terre » : « Iran : un influent homme d'affaires condamné à mort pour corruption », *Le Monde et AFP* [En ligne], 6 mars 2016. URL : http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2016/03/06/iran-un-influent-homme-d-affaires-condamne-a-mort-pour-corruption_4877413_3218.html

⁷ À ce propos, v. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 247.

meilleurs », et le gouvernement populaire) puis en ajoute trois autres qui résultent de la corruption des trois premiers (la tyrannie pour la principauté, l'oppression de quelques-uns pour les *optimates* et la pure licence « issue des gouvernements populaires décomposés »⁸). Suivant une idée proche de la corruption comme altération⁹, Montesquieu, dans son traité « De l'Esprit des lois », avance que le phénomène atteint d'abord les principes, c'est-à-dire les passions (tout affect de l'âme), de chaque gouvernement : la vertu pour la démocratie, la modération pour l'aristocratie, l'honneur pour la monarchie et la crainte pour le despotisme. Aussi, la corruption apparaît comme une inévitable dégradation de tout gouvernement : « *Irréductible à la dissolution, à la décomposition et à la destruction, la corruption n'est donc pas toujours un processus mortifère : seule la corruption qui mène au despotisme, régime en lui-même corrompu, constitue un véritable danger, et, au sens fort, une "chute". Comme l'avait pressenti Leo Strauss, la politique moderne dont Montesquieu marque un jalon décisif vise d'abord, en ce sens, à fuir le mal* »¹⁰. À la différence des philosophes grecs, Montesquieu n'envisage donc pas la corruption comme un cycle perpétuel, mais comme un risque permanent, celui de chuter définitivement dans le pire des régimes, intrinsèquement corrompu : le despotisme.

4. Vices privés, Vertus publiques. Plus subversif, au début du XVIII^e siècle, Bernard Mandeville publie une fable intitulée initialement « *The Grumbling Hive or Knaves Turn'd Honest* », dont la seconde édition fait apparaître explicitement la maxime « Vices privés, Vertus publiques » qui sous-tend l'œuvre : « *The Fable of the Bees : or, Private Vices Publick Benefits [...]* »¹¹. La fable décrit une ruche, allégorie de Londres, dont la prospérité va de pair avec une corruption généralisée. Les abeilles se plaignant de celle-ci, Jupiter, excédé par leur vanité, décide d'instiller l'honnêteté dans leur cœur ; peu de

⁸ M. BERGES, *Machiavel, un penseur masqué ?*, coll. Théorie politique, éd. Éditions Complexe, 2000, pp. 97-98.

⁹ Si Montesquieu, comme Machiavel, fournit une analyse politique et non morale de la corruption, leur pensée doit être distinguée. Le second avance qu'aucune loi ne pouvant réformer les mœurs, l'usage de la violence pour restaurer une antique vertu est justifié tandis que le premier estime, au contraire, que l'évolution des mœurs et de l'art de gouverner a rendu le machiavélisme inefficace, le retour au principe de la vertu devant être cantonné à la démocratie (dans sa forme antique). À ce propos, v. C. SPECTOR, « Montesquieu ou les infortunes de la vertu », *Esprit*, n° 402, févr. 2014, pp. 31-44, spéc. p. 40.

¹⁰ Nous soulignons. *Ibid.*, spéc. pp. 34-36.

¹¹ Bernard Mandeville a publié trois fois sa fable (1705, 1714 et 1725) en l'enrichissant de commentaires explicatifs et d'essais. À ce propos, v. J. A. PREU, « Private Vices – Public Benefits », *The English Journal*, vol. 52, n° 9, déc. 1963, pp. 653-658 et 692. URL : <http://www.jstor.org/stable/810114>

temps après, le commerce faiblit et la prospérité de la ruche décline réduisant les abeilles au chômage et à la pauvreté.

Le philosophe Gaspard Kœnig a cherché à illustrer le propos de Mandeville en s'intéressant aux « *héros de la corruption* » tels que Richelieu, dont l'intérêt personnel l'a amené à « *développer la marine nationale, à encourager la création de grandes compagnies, et même à patronner des établissements au Canada ou dans les îles des Caraïbes* »¹², ou encore Sir Robert Walpole qui profita de sa position pour s'enrichir mais qui, dans le même temps, « *développa considérablement le commerce et l'industrie du pays* » et « *conduisit contre vents et marée une politique résolument pacifique* » puisque « *les corrompus aiment le pouvoir, mais pas la guerre* »¹³. Il se pose alors la question de l'existence d'une morale sociale de la corruption : « *Un certain niveau de corruption ne serait-il pas nécessaire pour pallier "l'inhumanité des codes" et la rigueur du droit des contrats, pour que les individus tissent entre eux des liens de dépendance plus durables qu'un acte d'achat ou de vente, pour échapper au diktat de la concurrence anonyme ?* »¹⁴. Dès lors, l'œuvre de Mandeville reste éminemment contemporaine : les associations anticorruption ne joueraient-elles pas aujourd'hui le rôle de Jupiter ?¹⁵

5. Économie et sociologie. Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, d'autres disciplines se sont intéressées au phénomène de la corruption pour mieux en appréhender les mécanismes et les conséquences dans la société moderne. Ces travaux permettent, si ce n'est de remettre en cause le caractère néfaste de la corruption, de réfléchir sur sa perception et sur l'utilité d'une réponse uniquement, ou même principalement, pénale au moment où certains choix d'incrimination se réalisent essentiellement au niveau européen¹⁶.

¹² G. KœNIG, *Les discrètes vertus de la corruption*, éd. Grasset & Fasquelle, 2009, pp. 15-41, spéc. p. 19.

¹³ *Ibid.*, spéc. p. 21.

¹⁴ G. KœNIG, « Quelle morale pour la corruption ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 55-63, spéc. p. 62.

¹⁵ À ce propos, v. G. KœNIG, « Corruption, conflits d'intérêts, UIMM : et si on relisait Bernard Mandeville ? », *Le Figaro* [En ligne], 22 févr. 2014. URL : www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/02/24/31003-20140224ARTFIG00057-corruption-conflits-d-interets-uimm-et-si-on-relisait-bernard-mandeville.php

¹⁶ Pour une réflexion sur l'adoption de la directive 2011/36/UE relative à la prévention et à la lutte contre le trafic des êtres humains à la lumière des travaux de Gary Becker, v. P. DE HERT, J. MURASZKIEWICZ, « Gary Becker and the Economics of Trafficking in Human Beings », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 5, n° 2, 2014, pp. 116-120.

Ainsi, les économistes se sont penchés sur les comportements sociaux illégaux à partir des travaux de Gary Becker sur la « théorie des crimes »¹⁷ ou théorie des choix rationnels. Celle-ci sera d'ailleurs directement appliquée à la corruption par Susan Roser-Ackerman : « [Susan Roser-Ackerman] s'est intéressée aux influences des structures des marchés privés et du caractère flou des préférences gouvernementales en matière de corruption. Les risques sur certains marchés lui semblent tels que l'on peut parfois préférer mettre en place une production publique des biens ou services produits »¹⁸. Certains économistes américains vont également chercher à démontrer l'utilité de la corruption pour l'économie, c'est-à-dire comment elle est une « *dysfonction (car produit du mauvais fonctionnement des structures politiques) fonctionnelle (puisqu'elle contribue à une meilleure intégration des structures sociales)* »¹⁹. La corruption aurait trois vertus : la redistribution des richesses aux plus démunis, un moyen de participation à la vie sociale pour ceux qui ont été marginalisés, et la possibilité de remédier à la bureaucratie qui entrave l'efficacité de certains mécanismes. Ces thèses, parfois qualifiées de « *révisionnistes* », ont trouvé rapidement leurs limites dans les scandales américains des années 1970, et semblent aujourd'hui abandonnées²⁰. Ainsi, l'intérêt du contournement des règles trop contraignantes doit être confronté aux « *externalités négatives* » qui entraînent souvent des coûts plus importants sur le long terme²¹.

Les recherches actuelles semblent davantage s'attacher à l'étude de la perception de la corruption ou plutôt des corruptions qui ne sont pas traitées sur un pied d'égalité. En premier lieu, le politologue américain Arnold Heidenheimer²² opère une distinction entre trois types de corruption : « *la corruption blanche, tolérée et considérée comme bénigne comme celle qui consiste à recourir à des passe-droits pour accélérer le traitement d'un dossier [...], la corruption noire correspond aux pratiques les plus graves, réprimées par le droit pénal. Entre les deux, des pratiques tolérées par les milieux dirigeants mais*

¹⁷ J.-D. LAFAY, « L'économie politique de la corruption – Aperçu analytique », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 91-99, spéc. p. 91.

¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 95. V. égal., S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption – A Study in Political Economy*, éd. Academic Press, Londres, 1978.

¹⁹ F. ACOSTA, « La corruption politico-administrative : émergence, constitution et éclatement d'un champ d'études », *Déviance et Société*, vol. 9, n° 4, 1985, pp. 333-354, spéc. p. 337.

²⁰ *Ibid.*, spéc. pp. 337-338.

²¹ À ce propos, v. J.-D. LAFAY, *op. cit.*, spéc. 94.

²² A. HEIDENHEIMER, *Political Corruption - Readings in Comparative Analysis on political corruption*, éd. Holt, New York, 1970.

réprouvées par l'opinion constituant la corruption grise»²³. Il distingue également la « corruption-troc (« market corruption ») où les termes de l'échange sont parfaitement définis, et la corruption-échange sociale (« parochial corruption ») dans laquelle les termes de l'échange sont imprécis », corruption de connivence « où s'étendent les zones grises de corruption »²⁴. La corruption blanche serait ainsi socialement acceptée au point de susciter des débats juridiques sur la répression des paiements de facilitation²⁵ et, de manière plus anecdotique, de continuer à être recommandée par les guides de voyage²⁶. En second lieu, les sociologues Pierre Lascoumes et Carla Nagels prolongent et vérifient la pertinence des travaux antérieurs, par exemple en mettant en exergue l'écart entre les perceptions de l'élite politique et des citoyens profanes ou les réactions paradoxales des électeurs qui continuent de voter pour un candidat, même accusé de « corruption », s'il incarne ses valeurs fondamentales²⁷.

6. Ces quelques exemples soulèvent des incertitudes philosophiques quant à la gravité morale et sociale de la corruption. Toutefois, la réflexion ne conduit pas à remettre en cause la nécessité d'une lutte contre la corruption dans une société démocratique, ou encore, la demande croissante des peuples à ce que les gouvernants leur soient redevables : les bouleversements politiques en Amérique du Sud²⁸ ou en Inde²⁹ dus à la corruption

²³ Nous soulignons. E. ALT, I. LUC, *L'esprit de corruption*, coll. Documents, éd. Le Bord de l'eau, 2012, p. 12. Les auteurs articulent leur ouvrage autour de la distinction opérée par Arnold Heidenheimer, à l'exception de la corruption blanche qui ne semble pas mériter d'attention particulière.

²⁴ *Ibid.*, p. 15.

²⁵ Aucune définition des « paiements de facilitations » n'est consacrée : ils correspondent aux versements de sommes modiques afin, par exemple, de faciliter ou d'accélérer le traitement d'un acte gouvernemental. À propos des incertitudes qui ont pu avoir lieu sur la reconnaissance implicite du paiement de facilitation en tant que « moyen de défense » en droit français, v., par ex, M. SEGONDS, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, pp. 193 et s. ; M. SEGONDS, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *Dalloz*, 2008, pp. 1068 et s. ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pénal*, avril 2014, para. 567.

²⁶ *Indonésie*, 4^{ème} éd., Lonely Planet [Livre numérique], 2011, sous « Problèmes juridiques » : « La plupart des policiers sont embarrassés d'avoir à solliciter un pot-de-vin pour payer l'essence de leur voiture ; si vous êtes arrêté pour une infraction, soyez poli et respectueux pendant que l'officier vous fait la leçon et suggère une solution à l'amiable pour vous éviter un passage au poste et devant le juge ».

²⁷ P. LASCOUMES, C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes – De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, coll. U, éd. Armand Colin, 2014, pp. 245-271, spéc. pp. 247-249.

²⁸ C. GOMEZ, S. MATELLY, « La corruption : phénomène ancien, problème nouveau ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 47-54, spéc. p. 52 : « Georges Gouffignat considère qu'en matière de corruption, l'Amérique latine n'était pas adepte d'un "protestantisme wébérien" [...] Pourtant [...] Jimmy Morales est devenu président du Guatemala avec un crédo "ni corrompu, ni voleur" et 1 million de manifestants ont exigé le départ de Dilma Rousseff de la présidence de la République du Brésil aux cris de "assez de corruption" ».

²⁹ Les déclarations récentes du gouvernement indien en faveur de la lutte contre la corruption, ou encore les actions du militant Anna Hazare, peuvent être rapprochées des déclarations d'un homme d'affaires indien

tendent à démontrer que ce phénomène est socialement de moins en moins accepté quelle que soit la culture sous-jacente. Elle a pour vertu essentielle de conduire le chercheur, notamment en droit pénal, à ne pas présumer que l'objet de son étude, la lutte contre la corruption, est nécessairement « bonne ».

En effet, la corruption étant consubstantielle à la société démocratique, la fonction restauratrice (de la vertu ou de la morale) des mesures anticorruption est nécessairement limitée : l'objectif ne peut pas être l'éradication de la corruption, car celle-ci supposerait d'instaurer une société parfaite au détriment des droits de l'Homme. Aussi, le chercheur ne doit pas devenir un militant de la lutte contre la corruption, mais conserver une distance suffisante pour rechercher un équilibre entre efficacité et respect de l'État de droit. Dès lors, la lutte contre la corruption peut à la fois se présenter comme le bouclier de l'État de droit et une menace contre celui-ci.

en 1966, rapportées par Fernando Acosta : « Pot de vin et corruption ! Ce sont des mots étrangers, et les idées qu'ils recèlent sont également étrangères. En Inde... personne ne connaît ces mots. Donner des cadeaux et des pourboires aux fonctionnaires du gouvernement est une forme de courtoisie indispensable, une manière respectueuse et civilisée de faire des affaires ». V. F. ACOSTA, *op. cit.*, spéc. p. 335 ; « Le Ghandi anti-corruption cesse sa grève de la faim », *L'Obs et AFP* [En ligne], 28 août 2011. URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20110828.OBS9301/inde-le-gandhi-anti-corruption-cesse-sa-greve-de-la-faim.html> ; « L'Inde affiche sa volonté de lutter contre la corruption », *Le Monde et AFP* [En ligne], 26 févr. 2011. URL : http://www.lemonde.fr/asia-pacifique/article/2011/02/16/1-inde-affiche-sa-volonte-de-lutter-contre-la-corruption_1480717_3216.html. Sur la culture de l'efficacité des hindous qui suppose un relativisme moral, v. égal., G. KÆNIG, « Quelle morale pour la corruption ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 55-63, spéc. p. 61.

II

Les atteintes à l'État de droit

A. Les dangers de la corruption

7. La corruption constitue en même temps une atteinte aux droits de l'homme (1) et à la séparation des pouvoirs (2).

1. *L'atteinte aux droits de l'homme*

8. La corruption, véritable « envers des droits de l'homme »³⁰, porte atteinte tant aux droits civils et politiques (droits de la première génération) qu'aux droits économiques et sociaux (droits de la deuxième génération) ou encore au droit de l'environnement (droits de la troisième génération). La multiplication des études liées à un phénomène devenu le « crime de référence » de notre époque³¹ permet de mettre en exergue, sans pourtant en dresser un portrait exhaustif, le glissement de l'interprétation libérale et fonctionnaliste, qui supposait un effet positif sur le marché notamment par le biais d'une redistribution de la richesse, vers une approche universaliste « posant au centre les droits de l'homme »³².

9. **Droits civils et politiques.** La corruption porte directement atteinte aux droits civils et politiques, notamment au droit de propriété en permettant des appropriations abusives « par des manipulations du cadastre »³³. Elle érode également la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques. Par exemple, la déformation des résultats électoraux peut entraîner, d'une part, une participation moindre à la vie politique et, d'autre part, compliquer la mise en œuvre des politiques publiques surtout si elles ne sont pas vues comme légitimes. De surcroît, le phénomène contribue à maintenir les inégalités et les

³⁰ À ce propos, v. M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (dir.), *La corruption : l'envers des droits de l'homme (Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme)*, coll. Collection interdisciplinaire - Série Droits de l'homme, 2^{ème} éd., Éditions Universitaires, Fribourg, 1998.

³¹ À ce propos, v. A. GARAPON, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, n° 402, févr. 2014, pp. 19-30, spéc. p. 19.

³² M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, « La corruption : un défi pour l'État de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, pp. 696 et s.

³³ M. HUNAULT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 171) relatif à la lutte contre la corruption, Assemblée nationale, n° 243, 3 octobre 2007, p. 10.

discriminations³⁴, notamment devant la justice³⁵, mais également en ne garantissant pas un égal accès aux fonctions publiques.

10. Conséquences économiques. La déstabilisation des institutions démocratiques par la corruption suppose un coût économique qui affecte tant les ressources que les dépenses de l'État. Le préjudice ainsi porté à l'économie européenne s'avère particulièrement difficile à apprécier : tandis que le rapport anticorruption de l'UE soumet le chiffre de 120 milliards d'euros³⁶, une étude plus récente commandée par le Parlement européen émet l'hypothèse, très imprécise, d'un coût total estimé entre 179 et 990 milliards d'euros³⁷.

Aussi, la mauvaise gestion des affaires publiques due à la corruption est l'une des principales conséquences néfastes mise en avant dans le cadre des débats sur la loi du 30 juin 2000³⁸. Premièrement, elle conduit le décideur public à retenir non pas les entreprises performantes (rapport qualité/prix), mais celles qui promettent l'avantage indu le plus élevé. Une telle pratique risque tout d'abord d'inciter les entreprises à investir moins dans la recherche, ce qui diminue leur compétitivité sur le long terme, puisque l'innovation n'est pas récompensée. Ensuite, elle favorise la création de monopoles, portant ainsi atteinte à la liberté d'entreprendre. Deuxièmement, le décideur public peut être enclin à commander des équipements inutiles ou surdimensionnés³⁹, sachant que sa commission est souvent indexée sur le montant du marché : « *On peut même aller jusqu'à dire que le dédoublement [...] entre règle apparente et règle invisible, qui caractérise la*

³⁴ À titre d'exemple, la corruption maintient les inégalités entre les hommes et les femmes en privant ces dernières, lorsqu'elles sont sans ressource, d'accès à la justice pour faire valoir leurs droits. À ce propos, v. Rapport de Transparency International, *Gender, equality and corruption : what are the linkages ?*, Policy Brief, n° 1, 2014, p. 5.

³⁵ M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, *op. cit. & loc. cit.*

³⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 3.

³⁷ M. HAFNER et alii, *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*, Annex II – Corruption, Service de Recherche du Parlement européen, mars 2016, PE 579.319, p. 1. URL : [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EPRS_STU\(2016\)579319](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EPRS_STU(2016)579319)

³⁸ M. HUNAULT, *op. cit. & loc. cit.*

³⁹ M. HUNAULT, *op. cit.*, note 5 : « La ville de Milan, à la suite de l'opération « mani pulite », a connu une diminution de 20 à 40 % du prix du kilomètre de métro et du kilomètre de voirie de 1992 à 1995. Ces économies ont permis de tripler les crédits consacrés au logement et de multiplier par 14 ceux des écoles et par 50 ceux de l'adduction d'eau ». En 2014, des soupçons de corruption ont pesé sur la construction de l'un des tronçons d'autoroute les plus chers d'Europe (1, 22 milliards d'euros pour 32,3 km) malgré une relative inutilité ; v., L. LAMANT, M. AUVILLAIN, « L'UE accusée de fermer les yeux sur un réseau de corruption en Italie », Mediapart [En ligne], 12 mai 2015. URL : <https://www.mediapart.fr/journal/international/120515/lue-accusee-de-fermer-les-yeux-sur-un-reseau-de-corruption-en-italie?onglet=full>

corruption, pervertit en somme toute relation d'échange, empêche toute réciprocité, et finalement détruit ce qui fait la relation interindividuelle, donc ce qui fonde les droits de l'homme. En ce sens, je crois qu'on peut aller jusqu'à dire que la corruption frappe les droits de l'homme en plein cœur »⁴⁰. Troisièmement, la corruption favorise les dépenses au profit de certains secteurs où le montant des pots-de-vin est particulièrement élevé, comme l'armement, au détriment d'autres secteurs financièrement moins rentables, comme l'éducation. Les projets inadaptés et rarement aboutis, appelés « éléphants blancs », ont alors tendance à se multiplier⁴¹. Les marchés liés aux compétitions sportives sont, par exemple, propices à ces pratiques⁴².

En matière de recettes, la corruption favorise l'évasion fiscale et la fraude fiscale, réduisant les recettes publiques et faussant le caractère redistributif de l'impôt. Ce dernier, de plus en plus lourd, est alors supporté par un nombre de plus en plus restreint de contribuables⁴³.

11. Conséquences sociales. En outre, la corruption s'accompagne d'un coût social important en maintenant les inégalités : elle fait obstacle à la redistribution des richesses dans les pays à faible gouvernance touchés par la « *malédiction des ressources* »⁴⁴ et affecte les plus pauvres en rendant difficile l'accès aux biens et aux services essentiels comme la nourriture, l'eau⁴⁵ ou les soins médicaux⁴⁶. Des études récentes mettent

⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, *op. cit. & loc. cit.*

⁴¹ J. CARTIER-BRESSON, « Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », in Rapport de l'OCDE, *Affairisme : la fin du système – Comment combattre la corruption*, 2000, p. 19.

⁴² « JO de Sochi : un gouffre financier vertigineux pour la Russie », *L'Express et AFP* [En ligne], 14 mars 2013. URL : http://www.lexpress.fr/actualite/sport/jo-de-sotchi-un-gouffre-financier-vertigineux-pour-la-russie_1231738.html ; adde, A. BOISTEAU, « Sochi, deux mois après les JO : les images d'une ville fantôme », *Atlantico* [En ligne], 8 avr. 2014. URL : <http://www.atlantico.fr/decryptage/sotchi-deux-mois-apres-jo-images-ville-fantome-1035049.html>

⁴³ J. CARTIER-BRESSON, *op. cit. & loc. cit.* Devant l'ampleur du risque, des conseils aux vérificateurs fiscaux pour détecter les faits de corruption ont été formalisés, v. Rapport de l'OCDE, *Manuel de sensibilisation au paiement de pots-de-vin et à la corruption à l'intention de vérificateurs fiscaux*, 2013.

⁴⁴ V., par ex., H. HOLMÅS, J. OTENG-ADJEI, « Vaincre la malédiction des ressources en minéraux et combustibles au Ghana », in Rapport de l'OCDE, *Coopération pour le développement 2012 – Comment intégrer durabilité et développement*, 2012, pp. 137-147.

⁴⁵ Par exemple, en facilitant l'installation des entreprises polluantes. À ce propos, v. Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report 2008 – Corruption in the water sector*, éd. Cambridge University Press, 2008.

⁴⁶ À titre d'exemple, les pays d'Europe de l'Est sont touchés de manière endémique par la « petite corruption » dans le secteur de la santé, rendant difficile l'accès aux soins pour les personnes qui ne peuvent pas payer les sommes indues sollicitées. V., par ex., Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 18.

également en exergue les conséquences sur l'éducation⁴⁷ et la recherche, en détournant les ressources allouées, ou encore sur le climat⁴⁸ et l'environnement⁴⁹.

12. Sécurité. Par ailleurs, en permettant le détournement des sommes allouées au budget de la défense, la corruption fragilise la sécurité des citoyens, condition de l'exercice des libertés individuelles et collectives⁵⁰. Elle favorise ainsi les activités du crime organisé, comme le trafic de drogue⁵¹, mais également le terrorisme⁵².

2. L'atteinte à la séparation des pouvoirs

13. Affaiblissement. La corruption affecte l'État de droit⁵³ par l'affaiblissement, plus ou moins direct, de la séparation des pouvoirs : « *l'antinomie [entre corruption et démocratie] se prolonge au plan juridique, car le droit suppose un ordre qui est fondé sur des distinctions, comme la distinction public/privé, et sur des séparations comme la séparation des pouvoirs exécutifs législatif et judiciaire. Or, la corruption affaiblit les distinctions et mélange les pouvoirs* »⁵⁴.

⁴⁷ Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report : Education*, éd. Routledge, 2013.

⁴⁸ Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report : Climate Change*, éd. Earthscan, 2011.

⁴⁹ Rapport de l'UNODC, *Corruption, Environment and the United Nations Convention Against Corruption*, févr. 2012, URL : http://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/indonesia/publication/Corruption_Environment_and_the_UNCAC.pdf

⁵⁰ Code de la sécurité intérieure, art. L. 111-1, al. 1 : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ».

⁵¹ Par ex., v. P. A. PARANAGUA, « L'Amérique latine et la corruption », *Le Monde* [En ligne], 11 sept. 2012, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/09/11/l-amerique-latine-et-la-corruption_1758352_3232.html

⁵² La corruption aurait ainsi favorisé le détournement de plus de 1,9 milliard d'euros destinés à lutter contre Boko Haram au Nigéria. De même, à la suite des attentats du 3 juillet 2016 à Bagdad, la corruption au sein du gouvernement irakien, qui aurait permis l'achat de matériels militaires non fiables, a immédiatement occupé le débat public. À ce propos, v. J. EDIMO, « Le Nigéria accélère sa lutte contre la corruption dans l'armée », *Le Point Afrique* [En ligne], 15 juill. 2016, URL : http://afrique.lepoint.fr/economie/le-nigeria-accelere-sa-lutte-contre-la-corruption-dans-l-armee-15-07-2016-2054632_2258.php ; H. SALLON, « L'attentat de Bagdad fragilise le pouvoir irakien », *Le Monde* [En ligne], 4 juill. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2016/07/04/l-attentat-de-bagdad-fragilise-le-pouvoir-irakien_4962939_3218.html

⁵³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 421, v^o État(I) : « En un sens plus restreint, nom que mérite seul un ordre juridique dans lequel le respect du Droit est réellement garanti aux sujets de droit, not. contre l'arbitraire ».

⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, « La corruption : un défi pour l'État de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, pp. 696 et s.

14. Représentation. En premier lieu, le mécanisme de la représentation est ébranlé pour deux raisons : d'une part, parce que la corruption conduit à adopter des lois non plus au nom du peuple mais pour favoriser des intérêts privés (par exemple, un député se laisse acheter contre le dépôt d'amendements spécifiques) et, d'autre part, parce que l'atteinte aux droits de l'homme qu'elle génère amoindrit la confiance des citoyens qui sous-tend le mécanisme même de représentation⁵⁵.

15. Décideurs publics. En deuxième lieu, la confiance dans les décideurs publics et les institutions démocratiques est remise en cause de manière large puisque celui qui doit appliquer et faire respecter la règle est l'auteur même de sa dénaturation : *« À bien y regarder, le plus inquiétant dans la corruption n'est pas tant la confusion entre le privé et le public que le fait que la règle est transgressée par celui-là même qui doit la faire respecter. C'est donc moins la collusion des intérêts privés et publics qui est visée que la confusion entre le délinquant et le gardien de la règle, car elle efface le tiers public entendu comme élément central de tout système institutionnel. La corruption, c'est un crime du deuxième degré : non pas un crime contre les personnes ou les biens, mais un crime contre le droit ; et s'il fait des victimes, ce sont des victimes indirectes qui sont beaucoup plus nombreuses que n'en fait n'importe quel autre crime, car il s'agit de la collectivité politique tout entière. La corruption se nourrit de sa propre invisibilité ; elle s'accomplit en donnant le faux spectacle du respect de la règle »*⁵⁶.

16. Justice. En dernier lieu, l'indépendance et l'impartialité de la justice ne sont plus garanties, la corruption des policiers ou des juges neutralisant tout recours effectif⁵⁷. Aussi, la corruption des juges est souvent vue comme l'atteinte la plus grave : *« Le crime de corruption dans un juge est, sans contredit, le plus vil dont il puisse se rendre coupable ; c'est aussi l'un des plus dangereux que la société doive réprimer. On peut, jusqu'à un certain point, se défendre des atteintes de l'assassin et du voleur ; on ne le peut pas de celles d'un juge qui vous frappe avec le glaive des lois et vous égorge de son cabinet. Chargé de la distribution de la justice, de cette loi du ciel et des rois, il doit la rendre avec le plus grand désintéressement et sans acceptation de personnes. Il exerce un ministère auguste, une sorte de sacerdoce ; il remplit les plus nobles fonctions que la société puisse confier, et elle attend de lui son repos. Mais, il méconnaît ses obligations,*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ A. GARAPON, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, n° 402, févr. 2014, p. 24.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 26.

dont la première est l'impartialité, s'il descend du rang éminent où l'on place le choix du prince, pour se rendre l'infâme complice de l'injustice qu'il doit proscrire, s'il ouvre son cœur à la corruption et ses mains à la vénalité, il devient le dernier des hommes, et la société doit s'empresse de le repousser de son sein»⁵⁸. Cette échelle de valeurs est d'ailleurs implicitement consacrée en droit français puisque la corruption d'un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles est la seule infraction de corruption (corruption passive d'un magistrat, entravant l'exercice de la justice) considérée non pas comme un délit, mais comme un crime⁵⁹.

L'atteinte portée à l'État de droit dans toutes ses composantes fait, paradoxalement, peser un risque de détournement et d'arbitraire du combat contre la corruption qui s'ensuit inévitablement.

B. Le danger des luttes contre la corruption

16. Répression excessive. Les dommages causés par la corruption sont tels qu'ils entraînent parfois une répression excessive elle-même peu compatible avec les droits de l'homme. Les châtiments infligés ont parfois été cruels : l'historien Valère Maxime relate ainsi que Cambyse fit écorcher un juge corrompu pour recouvrir son siège de sa peau, puis y faire asseoir le fils du coupable pour juger à son tour⁶⁰ et Hérodote rapporte la crucifixion par Darius d'un juge corrompu⁶¹. En France, dans l'époque contemporaine, le code pénal a d'abord puni de mort le membre de la législature qui aurait trafiqué son

⁵⁸ L'origine du discours n'est pas clairement explicitée par les auteurs qui rapportent ces propos : il est ainsi fait référence à « l'orateur du corps législatif » (ce qui laisse penser qu'il s'agit de Cicéron) ou à un « écrivain célèbre » ou encore à un rapport au corps législatif du 16 février 1810. À ce propos, v. Le Baron LOCRIÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tome Trentième, 1832, p. 285 ; A. LE RAT DE MAGNITOT, D. HUARD, *Dictionnaire de droit public et administratif*, Tome premier, éd. Joubert, Paris 1841, p. 334 ; AD. CHAUCHEAU, F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, Tome premier, éd. Méline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1845, p. 510 ; SEBIRE, CARTERET, *Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale*, Tome sixième, éd. Videcoq Père et fils, Paris, 1846, pp. 638-639.

⁵⁹ Code pénal, art. 434-9, al. 8 : « Lorsque l'infraction définie aux premier à septième alinéas est commise par un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, la peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende ». V. égal., Code pénal, art. 111-1 et 131-1.

⁶⁰ VALÈRE-MAXIME, *Œuvres complètes*, Livre sixième, Chapitre 3 : sous « exemples étrangers », para. 3, éd. Garnier, 1935, URL : <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/valere/index.htm>

⁶¹ AD. CHAUCHEAU, F. HÉLIE, *op. cit.*, p. 510, note 3.

opinion moyennant argent⁶² ; un peu plus tard, le code pénal de 1810 punit les fonctionnaires corrompus de la peine de carcan, qui sera remplacée par la dégradation civique par la loi du 28 avril 1832. Il faut attendre la loi du 16 mars 1943 pour que l'infraction soit correctionnalisée, même si celle-ci marque en réalité un raidissement en punissant désormais la corruption de dix ans d'emprisonnement⁶³.

17. Extrémisme. Dans la société moderne, trois dangers de la lutte contre la corruption peuvent être mis en exergue.

Premièrement, la nécessité de débarrasser la société d'une corruption endémique entretenue par les élites modérées ou la classe bourgeoise est l'un des principaux arguments politiques repris par les extrêmes, de droite⁶⁴ comme de gauche. Dans le prolongement, la lutte contre la corruption permet aux régimes despotiques de se maintenir. Par exemple, à son arrivée au pouvoir, le président chinois Xi Jinping promet immédiatement de n'épargner « ni les tigres ni les mouches » corrompus⁶⁵. La portée d'une telle décision politique n'est pas neutre. S'agissant uniquement des « tigres », la lutte contre la corruption justifie le remplacement des hauts fonctionnaires corrompus, par d'autres, plus loyaux au nouveau pouvoir⁶⁶. Elle est souvent menée par une police politique⁶⁷ et aboutit à des procès à huis clos. Plus généralement, la lutte contre la corruption chinoise satisfait bien à une demande populaire, mais cette orientation politique semble également légitimer un pouvoir non démocratique. La crainte de la décadence entretenue par les extrêmes sous-tend cette lutte : « *La raison de cette fermeté est assez simple : l'élite communiste chinoise est obsédée par l'idée de décadence. Un*

⁶² Code pénal des 25 sept. et 6 oct. 1791. V. SEBIRE, CARTERET, *op. cit.*, p. 639.

⁶³ À ce propos, v. W. JEANDIDIER, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, n° 39, 25 sept. 2002, I 166, para. 3.

⁶⁴ V., par ex., J. RENNES, « L'argument de la *décadence* dans les pamphlets d'extrême droite des années 1930 », *Mots*, vol. 58, n° 1, pp. 152-164.

⁶⁵ « Chine : Xi Jinping veut combattre la corruption, “des mouches aux tigres” », RTBF [En ligne], 22 janv. 2013, URL : http://www.rtf.be/info/monde/detail_chine-xi-jinping-veut-combattre-la-corruption-des-mouches-aux-tigres?id=7912342

⁶⁶ « Corruption : l'ex-chef de la police prend 15 ans », *20 minutes* [En ligne], 12 janv. 2016, URL : <http://www.20min.ch/ro/news/monde/story/17365442> ; P. LOUBIÈRE, « China Telecom décapité par la lutte anti-corruption », *Challenges* [En ligne], 31 déc. 2015, URL : <http://www.challenges.fr/telecoms/20151231.CHA3431/china-telecom-decapite-par-la-lutte-anti-corruption.html>

⁶⁷ H. THIBAUT, « La mystérieuse disparition du milliardaire chinois Guo Guangchang », *Le Monde* [En ligne], 11 déc. 2015, URL : http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/12/11/chine-fosun-est-sans-nouvelles-de-son-patron_4829546_3234.html ; J. ZAUGG, « Le pays des patrons qui s'évaporent », *Les Échos* [En ligne], 18 mars 2016, URL : http://www.lesechos.fr/18/03/2016/LesEchosWeekEnd/00023-008-ECWE_le-pays-des-patrons-qui-s-evaporent.htm

État fort, une police et une armée puissantes permettront, pense-t-on en haut lieu, d'échapper à une "féminisation de la société", en d'autres termes à ce qui est perçu comme la multiplication des signes de faiblesse. Ni Xi Jinping ni Liu Yuan (fils de Liu Shaoqi), tous deux très nationalistes et engagés contre la corruption, ne sont insensibles au spectre du déclin »⁶⁸. Dès lors, peut-on traiter la lutte contre la corruption chinoise sur un pied d'égalité avec celle conduite actuellement en Europe ? La lecture de cette problématique par l'association Transparency International peut à cet égard surprendre : « *Évidemment, on peut considérer qu'il s'agit d'un moyen d'asseoir le pouvoir, mais il faut voir aussi que, dans une société qui s'affirme et dont le niveau d'éducation progresse constamment, subir au quotidien la corruption au bénéfice d'apparatchiks devient intolérable. La Chine s'engage donc sur une trajectoire qui devrait la conduire, si elle maintient l'effort dans la durée, à se rapprocher des meilleures démocraties* »⁶⁹. Le risque est alors de glorifier n'importe quelle lutte contre la corruption, malgré son instrumentalisation.

18. Droit d'exception. Deuxièmement, la crainte de l'impunité d'une infraction par essence occulte, difficile à détecter et où le recueil des éléments de preuve est incertain, peut conduire à créer un droit d'exception lui-même porteur d'atteintes aux droits de l'homme. L'internationalisation de la lutte contre la corruption accentue la difficulté puisqu'elle semble entraîner une déconnexion, au moins partielle, entre le politique et l'économique. Afin de découvrir plus facilement les auteurs de corruption transnationale, les États ont ainsi tendance à se reposer sur l'idée de dénonciation que ce soit celle des salariés (les « lanceurs d'alerte ») ou des auteurs mêmes de l'infraction. S'agissant des personnes physiques, l'introduction en droit français⁷⁰ du système de repentir entre dans cette logique. S'agissant des personnes morales, le recours à une procédure transactionnelle s'accompagne de risques importants. Tout d'abord, elle peut conduire une entreprise « innocente » à préférer payer l'amende, d'une part, afin d'éviter les pressions importantes des autorités répressives et, d'autre part, afin de protéger son image et ses relations d'affaires. Ensuite, la procédure transactionnelle peut entraîner une rupture d'égalité, le procureur disposant généralement d'un pouvoir discrétionnaire pour proposer

⁶⁸ B. COURMONT, E. LINCOT, « La lutte anticorruption en Chine : "la chasse aux tigres et aux renards" », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 131-140, spéc. p. 134.

⁶⁹ C. GOMEZ, M. VERZEROLI, « Lutte contre la corruption : dépasser le "tous pourris" », Interview de Daniel Lebègue, *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 101-120, spéc. p. 110.

⁷⁰ V., par ex., Code pénal, art. 432-11-1.

un accord⁷¹. Il peut ainsi choisir de n'y recourir que pour les sociétés les plus importantes, à même de se défendre, et faire ainsi l'économie de toute recherche de preuves dans les affaires transnationales complexes.

19. Méthodes illégales. Troisièmement, au-delà de la mise en place d'un droit d'exception, la pression croissante de l'opinion publique et « l'aphasie du pouvoir législatif » peut inciter la magistrature à rechercher « *un appui dans l'opinion publique avec tous les risques pour sa stabilité et autonomie (extra-institutionnelle, mais pas pour autant moins importante)* »⁷². Des abus peuvent conduire à réaliser le « *dépôt des actes de l'enquête au kiosque* »⁷³ entraînant un procès prématuré par la presse et l'opinion publique, ou encore à abuser des écoutes téléphoniques. Si ces risques peuvent apparaître trop théoriques ou généraux, le problème se pose avec acuité dans le cadre de la lutte contre la corruption menée par l'Union européenne. Ainsi, l'Office européen de lutte antifraude (ci-après, « OLAF »), organe européen conduisant des enquêtes administratives (à finalité répressive) dont le mandat s'étend à certains actes de corruption, est accusé d'avoir usé de méthodes illégales, notamment des écoutes téléphoniques, pour enquêter sur un commissaire européen⁷⁴. Par ailleurs, l'affaire « Tillack » permet d'illustrer les conséquences d'une fuite dans la presse : d'une part, parce que la révélation du rapport de l'OLAF met en difficulté la personne concernée alors qu'elle n'a pu se défendre et, d'autre part, parce qu'elle a conduit à une perquisition chez un journaliste, accusé d'avoir versé un pot-de-vin à un enquêteur, risquant ainsi de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression⁷⁵ et au secret des sources.

20. Paradoxe de la lutte. Il résulte de ce qui précède que la lutte contre la corruption dans une démocratie se révèle à la fois indispensable et dangereuse. L'eupéanisation de la lutte contre la corruption ne permet pas d'échapper à ses enjeux. Au contraire, certains problèmes peuvent se trouver exacerbés dans une Europe pénale en construction et en

⁷¹ V., par ex., A. MIGNON COLOMBET, F. BUTHIAU, « Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. – Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G*, n° 13, 25 mars 2013, doct. 359.

⁷² M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, « La corruption : un défi pour l'État de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, pp. 696 et s.

⁷³ S. MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviante et société*, vol. 21, n° 2, 1997, pp. 137-164, spéc. p. 163.

⁷⁴ J.-P. STROOBANTS, « À Bruxelles, l'affaire Dalli rebondit et éclabousse un haut fonctionnaire », *Le Monde* [En ligne], 11 mars 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/03/11/a-bruxelles-l-affaire-dalli-rebondit-et-eclabousse-un-haut-fonctionnaire_4881505_3214.html

⁷⁵ V. PUJAS, « Les difficultés de l'OLAF pour s'imposer en tant qu'acteur légitime de la protection des intérêts économiques et financiers européens », *Cultures et conflits*, n° 62, pp. 107-127, spéc. p. 118.

recherche permanente de légitimité. Toutefois, avant d'aborder plus spécifiquement cette lutte contre la corruption internationalisée, les pratiques de corruption qui intéressent la présente étude doivent être définies.

III

Définitions de la corruption

21. Polysémie. Le caractère protéiforme de la corruption lui permet de faire échec à toute tentative de définition unique : « Aussi intuitivement parlante que mal définie, on peine à décider si elle consiste en une métaphore ou si elle est susceptible d'être utilisée comme un concept, une catégorie claire et distincte capable d'appréhender rationnellement la réalité. Défiant les cloisonnements académiques, elle évoque des réalités multiples et variées pour l'historien comme pour le sociologue, pour le juriste comme pour le philosophe, sinon pour le psychologue et pour l'anthropologue »⁷⁶. Aussi, la polysémie du terme contraint, ou autorise, chaque auteur à en fournir les limites pour les besoins de son étude.

22. L'approche pénaliste conduit, en principe, à différencier la définition juridique des infractions de corruption des autres définitions, résiduelles et non juridiques. Toutefois, la proposition récente d'un auteur de recourir à trois cercles concentriques⁷⁷ peut ici être retenue. En effet, cette grille de lecture présente l'intérêt, pour la présente thèse, de tenir compte de l'emploi parfois large du terme de corruption par les institutions européennes. En effet, si seule la définition pénale stricte (C) constitue l'objet de la présente étude, les institutions européennes, à la recherche d'une approche holistique, tendent à employer le terme de corruption en renvoyant à une définition pénale élargie (B) voire à une définition large (A).

A. Définition au sens large

23. Politiques publiques. La définition large de la corruption est généralement employée aux fins de l'action publique : sa souplesse permet d'appréhender de nombreux

⁷⁶ T. MÉNISSIER, « La corruption, un concept philosophique et politique chez les Anciens et les Modernes », *Anabases*, n° 6, 2007, pp. 11-16, spéc. p. 11.

⁷⁷ V. A. ROUX, « Mesurer les écarts entre le droit, les représentations et le fait : la corruption comme défi au droit », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 59-68, spéc. pp. 60-61.

comportements, qui ne sont pas nécessairement incriminés, pour l'élaboration de politiques publiques et la mise en place sans restriction de « stratégies anticorruption ». L'objectif est de disposer d'une définition suffisamment courte et large pour inclure presque toutes les formes de corruption. Si certaines organisations internationales, comme la Banque Mondiale, centrent leur définition sur la corruption dans le secteur public⁷⁸, la plupart retiennent une définition générique : la corruption est alors définie comme « *l'abus de fonctions publiques ou privées pour son bénéfice personnel* »⁷⁹ ou encore comme « *l'abus d'un pouvoir confié à des fins privées* »⁸⁰.

24. Rapport anticorruption UE. La Commission européenne a également décidé de recourir à une telle définition pour son premier rapport anticorruption : la corruption est un « *abus de pouvoir aux fins d'un profit privé* »⁸¹. Comme un auteur le remarque, la traduction de *private gain* par « profit privé », et non par l'expression « profit personnel » qui figure dans la version française officielle, permet d'inclure plus clairement les avantages versés à autrui⁸². Premier signe d'une approche holistique qui s'appuie sur d'autres initiatives anticorruption internationales, comme celles du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, cette définition permet d'englober « un large éventail de problèmes liés à la corruption, tels que les pots-de-vin, le trafic d'influence, l'abus de fonction, le népotisme, le favoritisme, le lobbying illégal et les conflits d'intérêts »⁸³.

B. Définition pénale large

25. Devoir de probité. La définition pénale large comprend l'ensemble des infractions qui impliquent un manquement au devoir de probité. Outre la corruption au sens pénal strict, cette catégorie inclut notamment le trafic d'influence, autre « mode de

⁷⁸ La Banque Mondiale définit la corruption comme « l'abus d'une charge publique à des fins d'enrichissement privé » (« *the abuse of public office for private gain* »). V. Rapport de la Banque Mondiale, *Helping Countries Combat Corruption – The Role of the World Bank*, Poverty Reduction and Economic Management, The World Bank, sept. 1997, p. 8.

⁷⁹ Glossaire de l'OCDE, Corruption. Glossaire des normes pénales internationales, OECD Publishing, Paris, 2008 : « abuse of public or private office for personal gain ».

⁸⁰ Il s'agit de la définition retenue par l'association Transparency International : « *corruption is the abuse of entrusted power for private gain* ». URL : <http://www.transparency.org/what-is-corruption/> ; adde, URL : <http://www.transparencybelgium.be/fr/home/corruption>

⁸¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 42.

⁸² À ce propos, v. A. ROUX, *op. cit.*, spéc. p. 61.

⁸³ Nous soulignons. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 42.

corruption »⁸⁴ introduit en droit français à la suite de l'affaire Wilson⁸⁵, qui consiste à faire le commerce non pas de son pouvoir, mais de son influence. Elle vise également la concussion, la prise illégale d'intérêt, le favoritisme, le détournement de fonds publics et, le cas échéant, le délit d'enrichissement illicite⁸⁶. Il est possible d'y adjoindre d'autres délits, infractions de conséquences ou liées, comme le blanchiment (du produit de la corruption) ou l'abus de biens sociaux.

La définition pénale large de la corruption est, par exemple, employée dans le cadre de l'établissement des statistiques criminelles européennes. Les statistiques sur la « corruption » englobent toutes les infractions de la convention des Nations Unies contre la corruption. Les infractions comprises dans cette catégorie par les États membres de l'UE sont suffisamment nombreuses pour que le groupe d'experts chargé d'élaborer ces statistiques ait été contraint de créer une catégorie résiduelle⁸⁷.

C. Définition pénale stricte

26. Corruption active et passive. Au sens strict, la corruption renvoie à deux infractions autonomes, miroir l'une par rapport à l'autre⁸⁸ : la corruption active et la corruption passive. La corruption active est le fait de celui achète, le corrupteur : « *La corruption active est le fait pour une personne de rémunérer l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de sa fonction par l'agent compétent* »⁸⁹ ; la corruption passive est le fait de celui qui se laisse acheter, le corrompu : « *La corruption passive est le fait pour cet agent de se laisser acheter pour accomplir ou ne pas accomplir un acte de sa fonction* »⁹⁰. La scission en deux infractions autonomes présente l'avantage de ne pas faire dépendre la répression du corrupteur de celle du corrompu et vice-versa : c'est l'acte

⁸⁴ R. BADINTER, Compte rendu intégral des débats sur la loi du 13 novembre 2007, JO Sénat, n° 59, S. (C.R.), 1^{er} nov. 2007, p. 4258.

⁸⁵ À ce propos, v. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avr. 2014, para. 707-708.

⁸⁶ Ce comportement n'est pas réprimé en droit français. La convention interaméricaine contre la corruption, adoptée le 29 mars 1996, définit l'enrichissement illicite comme « l'augmentation significative du patrimoine d'un fonctionnaire qu'il ne peut raisonnablement justifier par rapport aux revenus perçus légitimement dans l'exercice de ses fonctions ».

⁸⁷ V. le Rapport préliminaire du groupe d'experts de la Commission européenne chargé des statistiques criminelles, *Collection of official data on corruption offences*, 2016, URL : <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2837&Lang=FR>

⁸⁸ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 203.

⁸⁹ W. JEANDIDIER, *op. cit.*, para. 9.

⁹⁰ *Idem.*

unilatéral qui est appréhendé par le droit pénal, et non l'existence effective d'un pacte de corruption. En revanche, l'emploi des termes « actives » et « passives » peut être source de confusion puisqu'elle laisse penser que l'initiative revient toujours au corrupteur, alors qu'il arrive fréquemment que le corrompu sollicite un avantage indu⁹¹. Les termes employés doivent cependant être maintenus puisqu'ils sont aujourd'hui consacrés tant en droit français que par l'ensemble des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption.

27. Condition préalable. L'incrimination de la corruption est enjeu central de la présente étude, chaque instrument international et chaque État membre de l'UE retenant sa propre définition. Toutefois, la « convergence » entre les droits positifs apparaît suffisante⁹² pour recourir au droit français comme modèle afin d'établir les principales distinctions.

La caractérisation des infractions de corruption suppose d'établir l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral auquel s'ajoute une condition préalable⁹³. La condition préalable tient à la qualité possédée par le corrompu : il peut s'agir d'un agent public national⁹⁴, auquel cas les infractions pertinentes sont celles de la corruption publique active et passive, ou d'un agent public étranger⁹⁵, ce qui renvoie aux infractions de corruption publique étrangère active et passive. Si le corrompu n'est pas un agent public (critère négatif), mais exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou

⁹¹ A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, Tome 1, éd. Cujas, Paris, 1981, para. 359.

⁹² À ce propos, déjà dans les années quatre-vingt-dix, v. G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires en Europe : Allemagne, Angleterre, Espagne, France, Italie*, coll. Thémis Droit, PUF, Paris, 2006, pp. 232-235, spéc. p. 234.

⁹³ Certains auteurs avancent que la condition préalable est un élément constitutif à part entière de l'infraction. Ainsi, le Professeur André VITU estime que la corruption suppose réunis quatre éléments : la qualité de la personne corrompue, les moyens générateurs de la corruption, le but des manœuvres et l'intention frauduleuse. Une autre articulation consiste à distinguer les « composantes subjectives » (qualité du corrompu) des « composantes objectives » (élément matériel et moral) de la corruption. V. A. VITU, *op. cit.*, para. 365 ; M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *RLDA*, Supplément, n° 105, juin 2015, pp.16-19, spéc. pp. 16-17.

⁹⁴ En droit pénal français, la notion d'agent public a acquis son autonomie : il s'agit d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. V. Code pénal, art. 432-11 et 433-1.

⁹⁵ En droit pénal français, l'agent public étranger est l'agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale publique, sachant que les organismes créés en application du traité sur l'Union européenne sont ici considérés comme des organisations internationales publiques. V. Code pénal, art. 435-1, 435-3 et 435-5.

pour un organisme quelconque (critère positif), les infractions adéquates seront celles de la corruption privée active et passive⁹⁶.

28. Éléments constitutifs. L'élément matériel de la corruption passive consiste dans le fait, pour le corrompu qui revêt l'une des qualités susmentionnées, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour lui-même ou pour autrui. En miroir, l'élément matériel de la corruption active consiste dans le fait, par quiconque, de proposer, à l'une des personnes susmentionnées, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui.

La corruption active et passive sont des infractions intentionnelles qui supposent d'établir l'existence d'un élément moral comprenant un dol général et un dol spécial. Le dol général implique que l'auteur des faits ait conscience d'agir illégalement et la volonté de commettre une telle infraction. Le dol spécial est une intention particulière, un but déterminé : en d'autres termes, le mobile de l'infraction doit être caractérisé. En matière de corruption publique, le dol spécial renvoie à l'accomplissement ou au non-accomplissement, par le sujet passif, d'un acte de la fonction ou facilité par la fonction ; en matière de corruption privée, il renvoie à l'accomplissement ou au non accomplissement, par le corrompu, d'un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

L'établissement d'une relation de causalité entre l'élément matériel et l'élément moral (dol spécial) est alors primordial : *« Au sens du délit de corruption, le fait de procurer un avantage indu à un agent public ou privé ne tombe pas en soi sous le coup de la répression. Seul tombe sous le coup de la répression le fait de fournir un avantage indu pour obtenir l'accomplissement — ou le non-accomplissement — d'un acte de la fonction ou facilité par la fonction. Plus précisément, les délits de corruption active (publique ou privée) exigent tous que l'avantage indu proposé ou cédé ait eu pour cause finale la réalisation ou la non-réalisation d'un acte de la fonction ou facilité par la fonction, tandis que les délits de corruption passive (publique ou privée) exigent que l'avantage indu*

⁹⁶ V. Code pénal, art. 445-1 et 445-2. Pour une étude exhaustive de la corruption privée en droit français, v. M. SEGONDS, « Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. n° 20, 31 mars 2015.

sollicité ou agréé soit la cause efficiente de la réalisation ou de la non-réalisation d'un acte de la fonction ou facilité par la fonction »⁹⁷.

29. Les définitions données ici sous le prisme du droit français permettent d'établir les distinctions cardinales en matière de corruption, mais les différents éléments seront amenés à varier en fonction du droit positif concerné ou de l'instrument international étudié. Toutefois, seule la définition pénale stricte sera ici retenue, à l'exclusion des infractions connexes d'atteintes à la probité.

Avant le milieu des années quatre-vingt-dix, seule la corruption publique nationale était incriminée par les États membres de l'Union européenne. Ce n'est que sous une impulsion internationale importante que la corruption publique étrangère et la corruption privée ont finalement été incriminées en droit positif.

IV

Le contexte de l'internationalisation de la lutte contre la corruption

30. L'internationalisation de la lutte contre la corruption résulte d'un ensemble de processus complexes dont la phase ascendante, du national vers l'international, s'est achevée entre 1996 et 2003. Seuls ses principaux aspects seront évoqués ici⁹⁸, tout en excluant pour le moment les initiatives spécifiquement liées à l'Union européenne.

⁹⁷ M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *RLDA*, Supplément, n° 105, juin 2015, pp.16-19, spéc. pp. 16.

⁹⁸ Pour des études plus exhaustives, v., par ex., J. TRICOT, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, pp. 753 et s ; J. TRICOT, « Inventaire des instruments internationaux : le processus de construction du cadre juridique international », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – *Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 85-104 ; S. MANACORDA, « La région Europe : bilan comparatif des Conventions de l'OCDE, de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – *Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 105-130 ; M. SEGONDS, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2006, étude 12 ; C. YANNACA-SMALL, « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 792-803 ; J. LELIEUR, M. PIETH, « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption internationale », *Dalloz*, 2008, pp. 1086 et s. ; M. KEHLE, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, vol. 73, n° 5, 2012, pp. 929-1013.

1. *La conclusion des conventions internationales anticorruption (phase ascendante)*

31. FCPA. D'un point de vue historique, la première étape de l'internationalisation se situe aux États-Unis au milieu des années soixante-dix. À la suite du Watergate, des soupçons de financement illégal des partis politiques américains pèsent sur plusieurs entreprises : des enquêtes sont diligentées par des organes *ad hoc* (« *Office of the Watergate Special Prosecutor* » et « *Senator Frank Church's Subcommittee on Multinational Corporations* ») ainsi que par l'autorité des marchés financiers américains, la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Ces investigations vont permettre de révéler la constitution de caisses noires ou « *slush funds* » utilisées, entre autres, pour corrompre des agents publics étrangers et ainsi obtenir des marchés. À titre d'exemple, la société Gulf Oil est accusée d'avoir contribué à la campagne du Président de la République de Corée, Northrop aurait payé un général saoudien et Exxon et Mobile Oil auraient versé de l'argent aux partis politiques italiens⁹⁹. L'affaire « Lockheed » est celle qui connaît le plus fort retentissement : entre 1950 et 1970, la société aérospatiale américaine dépense plus de vingt-deux millions de dollars pour corrompre des agents publics étrangers lors de négociations portant sur la vente de ses avions. Le scandale a des répercussions mondiales puisqu'il touche tant des personnalités de l'Allemagne de l'Ouest (ministre de la défense) que des Pays-Bas (Prince Bernard) ainsi que, une nouvelle fois, les partis politiques italiens. Au Japon, il conduit à la chute du gouvernement en 1978, plusieurs de ses membres, dont le premier ministre Kakuei Tanaka, ayant accepté des pots-de-vin¹⁰⁰. Aucun texte n'incrimine alors ces comportements et la *SEC* cherche principalement à déterminer si ces paiements auraient dû faire l'objet d'une information à destination des investisseurs¹⁰¹. Toutefois, craignant une fragilisation de sa politique étrangère, le législateur américain va réfléchir à l'adoption d'une nouvelle loi : « Il a été décidé à l'unanimité d'initier des investigations et de tenir des audiences publiques. Le problème

⁹⁹ M. KØHLER, *op. cit.*, pp. 929-1013, spéc. p. 934. V. égal. « SCANDALS : Lockheed's Defiance : a Right to Bribe ? », *Time* [En ligne], 18 août 1975, URL : <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,917751,00.html>

¹⁰⁰ J. STERNGOLD, « Kakuei Tanaka, 75, Ex-Premier and Political Force in Japan, Dies », *NY Times* [En ligne], 17 déc. 1993, URL : <http://www.nytimes.com/1993/12/17/obituaries/kakuei-tanaka-75-ex-premier-and-political-force-in-japan-dies.html?pagewanted=all>

¹⁰¹ M. KØHLER, *op. cit.*, pp. 929-1013, spéc. p. 933.

qui nous est soumis n'est pas une question de moralité privée ou publique. Il s'agit d'un enjeu majeur de la politique étrangère des États-Unis »¹⁰².

Le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* est signé par le Président Jimmy Carter le 19 décembre 1977 et entre en vigueur le même jour. Il incrimine la corruption active des agents publics étrangers commise dans le but d'obtenir ou de conserver un marché. L'interdiction concerne tant les personnes physiques et morales américaines que les « émetteurs » c'est-à-dire essentiellement toute société cotée aux États-Unis (actions, obligations ou *American depository receipts* négociés sur une bourse américaine ou au NASDAQ)¹⁰³.

32. Distorsions de concurrence. En interdisant à ses entreprises de recourir à la corruption pour obtenir des marchés étrangers, les États-Unis n'ignorent pas le désavantage concurrentiel ainsi créé. En effet, les grands pays exportateurs¹⁰⁴ incriminent uniquement la corruption nationale et certains États, comme la France, encouragent ce type de pratiques en acceptant de déduire fiscalement les « frais exceptionnels » occasionnés¹⁰⁵. L'écart dans la perception de la corruption est ici flagrant puisque les États-Unis ont supprimé la déductibilité fiscale des pots-de-vin dès 1958¹⁰⁶, soit longtemps avant le Watergate. Au moment du *FCPA*, le gouvernement américain recherche déjà une solution multilatérale¹⁰⁷ : « néanmoins, ces efforts ne peuvent être une réussite dans le combat contre la corruption et l'extorsion que si d'autres pays et les entreprises elles-mêmes effectuent des actions comparables. Aussi, j'espère que les progrès réalisés au sein des Nations Unies dans la négociation d'un traité sur les

¹⁰² « It decided by a unanimous vote to initiate this investigation and to do so in open public hearings. For what we are concerned with is not a question of private or public morality. What concerns us here is a major issue of foreign policy for the United States ». *Multinational Corporations and United States Foreign Policy: Hearings Before the Subcomm. on Multinational Corps. of the S. Comm. on Foreign Relations, 94th Cong. 1 (1975) (statement of Sen. Frank Church, Chairman, Subcomm. on Multinational Corps., S. Comm. on Foreign Relations) [hereinafter Multinational Corporations]*.

¹⁰³ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, phase 1, 1999, p. 2.

¹⁰⁴ Par exemple, l'Allemagne, le Japon, la France, le Royaume-Uni, etc. À ce propos, v. le tableau annexé à la convention OCDE.

¹⁰⁵ La France a supprimé cette possibilité par la loi du 29 décembre 1997. L. n° 97-1239 du 29 déc. 1997 loi de finances rectificative, *JORF*, 39 déc. 1997, p. 19101. Aujourd'hui, v. CGI, art. 39, 2 *bis*.

¹⁰⁶ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, phase 1, 1999, pp. 22-23.

¹⁰⁷ Le secrétaire d'État américain déclare lors des débats au sein du State Department : « But this is an international problem and significant progress will come only on a broad scale. It is tempting to try to deal with the situation unilaterally, but there are serious risks for the United States in such an approach. There is widespread recognition in the Congress that such unilateral action would put U.S. companies at a serious disadvantage in the export trade ». V. M. KØHLER, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, vol. 73, n° 5, 2012, pp. 929-1013, spéc. p. 967.

paiements illicites vont continuer. Je suis également encouragé par le nouveau Code of Ethical Business Practices adopté par la Chambre de commerce internationale »¹⁰⁸.

Or, les initiatives internationales relatives à la lutte contre les paiements illicites ne vont aboutir à aucun accord contraignant. Dès 1979, les négociations au sein des Nations Unies vont être tenues en échec en raison des trop grandes divergences entre les États¹⁰⁹. De surcroît, les règles de conduite de la Chambre de commerce international et les recommandations de l'OCDE, qui reposent sur une adhésion volontaire des entreprises, ne vont pas entraîner les effets positifs escomptés¹¹⁰.

33. Pressions américaines. Dans les années quatre-vingt, l'ouverture de nouveaux marchés émergents, où la corruption est endémique, accentue la distorsion de concurrence subie par les entreprises américaines. Ces dernières incitent alors le législateur à amender le *FCPA*. Le 23 août 1988, le Président Ronald Reagan signe le *Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act* qui poursuit un triple objectif¹¹¹ : une clarification de la législation antérieure à la lumière de la jurisprudence, des exceptions légales destinées à réduire les distorsions de concurrence¹¹² et un mandat au Président américain de relancer les efforts internationaux dans le cadre de l'OCDE. Dans l'hypothèse où les négociations échouent à nouveau, le Président doit en informer le Congrès afin que ce dernier en tire toutes les conséquences : les pays européens sont placés devant l'alternative de suivre le modèle américain ou de subir les conséquences d'une abrogation du *FCPA*.

L'année suivante, le « Groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales » est créé au sein de l'OCDE. En outre, après la chute du mur de Berlin, « *l'élargissement de l'unilatéralisme répressif américain à un*

¹⁰⁸ Déclaration du Président américain Jimmy Carter lors de la signature du *FCPA*, le 20 décembre 1977 : « These efforts, however, can only be fully successful in combating bribery and extortion if other countries and business itself take comparable action. Therefore, I hope progress will continue in the United Nations toward the negotiation of a treaty on illicit payments. I am also encouraged by the International Chamber of Commerce's new Code of Ethical Business Practices ». URL : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=7036>

¹⁰⁹ À ce propos, v. C. YANNACA-SMALL, « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 792-803.

¹¹⁰ *Ibid.*, spéc. pp. 796-797.

¹¹¹ À ce propos, v. J. TRICOT, « Inventaire des instruments internationaux : le processus de construction du cadre juridique international », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – *Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 85-104, spéc. pp. 90-91.

¹¹² Les exceptions sont relatives aux paiements de facilitation et à la reconnaissance de moyens de défense lorsque les paiements sont légaux dans l'État concerné ou lorsque les dépenses sont liées à la démonstration du produit ou à l'accomplissement du contrat (appelés « *affirmative defenses* »).

unilatéralisme répressif collectif»¹¹³ devient possible. Le 17 décembre 1997, la « convention de l'OCDE »¹¹⁴, qui incrimine la corruption active d'un agent public étranger dans les transactions commerciales internationales est signée à Paris¹¹⁵. Afin de tenir compte de ce nouvel instrument international, le *FCPA* est de nouveau amendé le 21 octobre 1998¹¹⁶. Son champ d'application est étendu, d'une part, aux actes de corruption entièrement réalisés à l'étranger par une personne physique ou morale américaine et, d'autre part, à tout acte de corruption transnationale commis sur le territoire américain.

34. Expansion mondiale. Les États ayant acquis « *la conviction que la corruption ne devait être acceptée comme une réalité inéluctable* »¹¹⁷, l'initiative de l'OCDE a un effet catalyseur. À l'enjeu de politique économique se mêle un enjeu de politique criminelle. Les pratiques de corruption s'internationalisent dans leur ensemble et les États ne sont plus à même de combattre seuls une criminalité organisée qui localise ses activités afin d'échapper, par un *forum shopping*¹¹⁸, à toute répression : « *À l'internationalisation de la corruption — terme désignant la généralisation et l'aptitude de cette forme de criminalité à utiliser les méthodes et les instruments du système international en exploitant à la fois les facilités qu'il offre et les défaillances qui le caractérisent — devait inéluctablement répondre l'internationalisation de son incrimination* »¹¹⁹.

La définition internationale des infractions et des sanctions doit notamment permettre d'améliorer la coopération judiciaire en satisfaisant à l'exigence de double

¹¹³ J. LELIEUR, M. PIETH, « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Dalloz*, 2008, pp. 1086 et s.

¹¹⁴ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997, en vigueur le 15 février 1999.

¹¹⁵ À propos de la négociation de la convention de l'OCDE, v. P. CAVALERIE, « La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *AFDI*, vol. 43, n° 1, 1997, pp. 609-632.

¹¹⁶ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, phase 1, 1999, p. 1.

¹¹⁷ M. PIETH, « Assurer le succès de l'initiative de l'OCDE contre la corruption », in Rapport de l'OCDE, *Affairisme : la fin du système – Comment combattre la corruption*, 2000, p. 58.

¹¹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 477, v° Forum : « (terme anglais, sans équivalent en français – V. cependant le français québécois « magasiner » : choisir un tribunal comme on choisit d'entrer dans une boutique pour faire ses emplettes) : possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable ». Le sens est ici étendu à la localisation d'une activité criminelle dans un État où la législation est moins répressive.

¹¹⁹ M. SEGONDS, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2006, étude 12, para. 2.

incrimination¹²⁰. Chaque État a alors davantage intérêt à coordonner ses efforts plutôt qu'à poursuivre sa politique antérieure. Un renversement s'opère, les acteurs nationaux ayant « *changé d'aire de jeu convertissant ce "dilemme du prisonnier"*¹²¹ en un "jeu de coopération"¹²² »¹²³.

Outre les instruments de l'Union européenne, plusieurs conventions internationales à portée régionale sont alors adoptées dans un temps extrêmement court : en 1996, l'Organisation des États américains adopte la convention interaméricaine contre la corruption¹²⁴ ; en 1999, le Conseil de l'Europe adopte une convention pénale¹²⁵ et une convention civile sur la corruption¹²⁶, puis un protocole additionnel à la convention pénale¹²⁷ ; en 2003, la convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption est signée¹²⁸. Elles imposent *a minima* d'incriminer la corruption publique nationale et la corruption active d'un agent public étranger.

Le nouveau consensus autour de l'incrimination de la corruption permet alors d'envisager une initiative à portée universelle : la convention des Nations Unies contre la corruption est ouverte à la signature le 9 décembre 2003, à Mérida¹²⁹.

¹²⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Lexis Nexis, 2014, p. 1251 : « L'exigence de double incrimination signifie que le délit commis à l'étranger et poursuivi en France doit être également punissable dans l'État sur le territoire duquel il a été commis ; à défaut, le juge répressif français ne peut en connaître : il doit se déclarer incompétent ».

¹²¹ N. EBER, « D... Comme Dilemme du prisonnier », *Revue juridique et économique du sport*, 2007, n° 83, pp. 99 et s. : « Le dilemme du prisonnier illustre le conflit entre les incitations sociales à coopérer et les incitations privées à ne pas le faire : chaque prisonnier fait face à un dilemme entre sa rationalité individuelle qui lui dicte d'avouer et de dénoncer son complice et sa rationalité collective qui l'incite à se taire ».

¹²² T. GINSBURG, R. H. McADAMS, « Adjudicating in Anarchy : An Expressive Theory of International Dispute Resolution », *William & Mary Law Review*, n° 45, 2004, p. 1233 : « situations où les parties ont totalement ou partiellement des intérêts communs qui ne peuvent être achevés que s'ils coordonnent leurs stratégies parmi les multiples équilibres possibles » (« *situations where parties have fully or partially common interests that can be achieved only if they coordinate their strategies among multiple possible equilibria* »).

¹²³ Y. RADI, « Du "dilemme du prisonnier" au "jeu d'intégration" – L'internationalisation de l'incrimination pénale de corruption active transnationale », in D. DORMOY, *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 170-218, spéc. p. 172.

¹²⁴ Convention interaméricaine contre la corruption, signée le 29 mars 1996, en vigueur le 3 mars 1997.

¹²⁵ Convention pénale sur la corruption, ouverte à la signature le 27 janvier 1999, en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

¹²⁶ Convention civile la corruption ouverte à la signature le 4 novembre 1999, en vigueur le 1^{er} novembre 2003.

¹²⁷ Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, ouvert à la signature le 15 mai 2003, en vigueur le 1^{er} février 2005.

¹²⁸ Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, signée 11 juillet 2003, en vigueur le 5 août 2006.

¹²⁹ Convention des Nations Unies contre la corruption, ouverte à la signature le 9 décembre 2003, en vigueur le 14 décembre 2005.

35. Discontinuité des normes. La multiplication des conventions internationales laisse présager les défis juridiques posés aux législateurs nationaux au moment de la transposition. La difficulté touche particulièrement les États membres de l'Union européenne qui sont non seulement soumis à leurs obligations communautaires, mais également, pour la majorité d'entre eux, aux conventions de l'OCDE, des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. Chaque instrument, en fonction de l'organisation internationale concernée, possède une logique autonome : la diversification de l'intérêt protégé (droits de l'homme et économie) entraîne nécessairement une « discontinuité des normes »¹³⁰. Aussi, si certains éléments sont communs¹³¹, le champ d'application n'est pas identique (corruption publique ou privée, délits connexes) et de nombreuses stipulations divergent : la définition des agents publics, celle des infractions et des sanctions, la responsabilité des personnes morales, les compétences, etc. De surcroît, l'harmonisation du droit pénal substantiel se retrouve limitée par les nombreuses marges d'appréciation et la possibilité d'émettre des réserves, destinées à garantir une certaine flexibilité et à tenir compte des divergences entre les systèmes juridiques nationaux, mais qui complexifient la lecture de la phase descendante, de l'international au national.

2. La transposition des conventions internationales anticorruption (phase descendante)

36. Transpositions. La phase descendante, qui débute autour des années deux-mille, est caractérisée par les nombreuses ratifications et l'adoption de lois de transposition. L'évolution du cadre juridique s'effectue souvent par paliers successifs, à l'exemple de la France qui adopte trois lois de transposition entre 2000 et 2007¹³². La prudence d'un « désarmement multilatéral »¹³³, la mauvaise volonté politique, ainsi que certaines

¹³⁰ À ce propos, v. not. J. TRICOT, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, pp. 753 et s. ; v. égal. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Tome 1 - *Le Relatif et l'Universel*, coll. La couleur des idées, éd. Seuil, Paris, 2004, pp.18-24.

¹³¹ Par exemple, la distinction entre corruption active et passive ou le caractère intentionnel du délit.

¹³² L. n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 1^{er} juillet 2000, p. 9944 ; L. n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, 6 juill. 2005, p. 11136 ; L. n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 14 nov. 2007, p. 18648.

¹³³ V., J. DARNE, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat, modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, n° 2001, 8 déc. 1999.

difficultés juridiques¹³⁴, permettent d'expliquer tant l'émission de nombreuses réserves que le rythme inégal des évolutions législatives¹³⁵.

37. Pressions externes et internes. Afin d'inciter les États à respecter leurs engagements internationaux, deux sources de pressions constantes, internes et externes, sont exercées.

Premièrement, chaque convention internationale s'accompagne de la création d'un mécanisme d'évaluation¹³⁶, voire d'un groupe de suivi *ad hoc*¹³⁷, permettant d'examiner périodiquement les mesures adoptées, et dont les premiers rapports sont consacrés aux incriminations. La méthodologie retenue, appelée « évaluation par les pairs », présente des caractéristiques communes : à chaque cycle, dont le thème est prédéfini, un État évalué remplit un questionnaire d'autoévaluation puis, plusieurs États évaluateurs procèdent à une analyse des textes, de la jurisprudence et des pratiques, enrichie par une visite sur place ; un rapport contenant des recommandations non contraignantes est alors adopté par l'ensemble des membres du groupe de suivi, moins l'État examiné, et une publicité du rapport est généralement assurée, sur une base volontaire ou non. Cette publicité semble utile pour trois catégories d'acteurs. Tout d'abord, le juriste, et notamment le comparatiste, dispose d'un outil précieux pour réfléchir sur l'évolution du droit français et du droit étranger. Les textes et les principales jurisprudences, traduits en anglais ou en français, sont souvent contextualisés par des juristes étrangers (professeurs, magistrats, avocats, etc.). Ensuite, le législateur est soumis à une pression externe, mais bénéficie également aussi d'un éclairage sur les avancées des autres pays et sur les orientations politiques à envisager. Les tensions qui peuvent naître au fil des rapports, du fait de la résistance d'un pays à certaines réformes, permettent également de dégager de nombreux enjeux de la lutte contre la corruption. Enfin, les associations anticorruption peuvent y

¹³⁴ Comme l'introduction de la responsabilité des personnes morales dans certains ordres juridiques. V. par ex., pour l'Espagne, Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Espagne, phase 1, 2000, pp. 7-8 ; comp. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Espagne, phase 2, 24 mars 2006, pp. 46-48 ; Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Espagne, phase 3, déc. 2012, pp. 20-22.

¹³⁵ Par ex., l'Allemagne a signé la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe dès le 27 janvier 1999, mais est aujourd'hui le seul État membre de l'UE à ne pas l'avoir ratifiée. De même, le Royaume-Uni a déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE le 8 déc. 1998, mais n'a véritablement modifié son droit interne que par le *UK Bribery Act* de 2010 entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

¹³⁶ Pour les Nations Unies, le mécanisme de suivi de l'application de la Convention.

¹³⁷ Pour l'OCDE, le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption ; pour le Conseil de l'Europe, le Groupe d'États contre la corruption (GRECO).

trouver un levier pour appuyer leurs actions et réclamer une nouvelle intervention législative.

Deuxièmement, le rôle de la société civile est exponentiel depuis le milieu des années quatre-vingt-dix. Les associations anticorruption se développent parfois au niveau mondial, comme l'association Transparency International¹³⁸, et exercent une pression constante sur les États. Certaines initiatives sont vouées à l'échec¹³⁹, mais d'autres influencent directement les pouvoirs publics, à l'exemple de l'éventuelle introduction d'une « convention judiciaire d'intérêt public »¹⁴⁰ dans le projet de loi dit « Sapin 2 »¹⁴¹, défendue plusieurs mois en amont par l'antenne locale de Transparency International¹⁴². Le classement statistique des États, à l'aide par exemple de l'Indice de Perception de la Corruption¹⁴³, constitue une source de pression supplémentaire. En sens inverse, les institutions nationales ou européennes s'appuient sur les associations anticorruption pour l'élaboration de rapports qui viennent orienter les politiques publiques¹⁴⁴. La présente étude recourt donc également aux productions des associations anticorruption (rapports, conférences, revues de presse) dans la mesure où celui-ci repose souvent sur le travail de juristes.

Les pressions évoquées ci-dessus ont accompagné les réformes législatives de tous les États membres de l'Union européenne. Toutefois, un nouvel enjeu, celui de l'application effective des lois votées, a logiquement succédé à la phase descendante et présente de nombreuses lacunes.

¹³⁸ V., URL : <http://www.transparency.org>

¹³⁹ À l'exemple de l'interpellation de la Commission européenne par l'association anticorruption Sherpa dans un courrier du 5 juin 2012 à propos des pratiques commerciales illicites du groupe industriel Alstom. URL : <https://www.asso-sherpa.org/pratiques-illicites-du-groupe-alstom-t-lettre-ouverte-aux-autorites-europeennes>

¹⁴⁰ G. MACKÉ, « Corruption : une “transaction pénale” pour mieux punir les entreprises », *Challenges* [En ligne], 29 janvier 2016. URL : <http://www.challenges.fr/economie/20160129.CHA4524/corruption-une-transaction-penale-pour-mieux-punir-les-entreprises.html>

¹⁴¹ Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. URL : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-691.html>

¹⁴² R. LEGENDRE, « Nathalie Goulet et Éric Bocquet, vigies de la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale », *L'Opinion* [En ligne], 6 oct. 2015. URL : <http://www.lopinion.fr/6-octobre-2015/nathalie-goulet-eric-bocquet-vigies-lutte-contre-corruption-l-evasion-fiscale-28813>

¹⁴³ URL : <https://transparency-france.org/indices-de-transparency-international/>

¹⁴⁴ Par ex., sur la prescription, v. Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010. URL : https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Justiz/Statutes%20of%20Limitation_report_TI-S_Nov%202010.pdf

3. La mise en œuvre du cadre juridique : enjeux actuels

38. Répression effective. L'internationalisation de la lutte contre la corruption pouvait laisser espérer que le nouveau consensus irait au-delà de la simple transposition vers une répression effective de la corruption. Plusieurs éléments permettent d'avancer que le problème reste entier.

S'agissant de la corruption transnationale, les nombreuses condamnations des entreprises européennes à l'étranger, notamment par les autorités américaines¹⁴⁵, tendent à démontrer une relative inefficacité des États membres de l'Union européenne¹⁴⁶. En effet, jusqu'au début des années deux-mille, les pressions exercées par les États-Unis ont eu pour principal objectif l'adoption d'une convention internationale et peu d'entreprises étrangères ont été poursuivies sur le fondement du *FCPA*¹⁴⁷. Après l'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE, une « nouvelle ère » du *FCPA* semble avoir débuté¹⁴⁸, la lutte contre la corruption devenant elle-même une « arme économique » à part entière, voire diplomatique, pour protéger le commerce extérieur américain¹⁴⁹. Les efforts des pays

¹⁴⁵ Les lourdes amendes sont essentiellement négociées avec les autorités américaines, mais les entreprises européennes sont régulièrement mises en cause dans d'autres pays. Par ex., v. A.-D. MERVILLE, « Japon : un employé de Deutsche Bank reconnaît des faits de corruption », *Revue internationale des services financiers*, n° 3, 2014, pp. 100-101 ; H. DAVIES, « Rolls-Royce faces second investigation in Brazil corruption scandal », *The Guardian* [En ligne], 27 sept. 2015. URL : <https://www.theguardian.com/business/2015/sep/27/rolls-royce-second-investigation-brazil-petrobas>

¹⁴⁶ Par ex., en 2013, la société française Total a accepté de payer 398 millions de dollars et la société néerlandaise Philips Electronics 4,5 millions de dollars. URL : <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>

¹⁴⁷ Entre 1977 et 2001, seules 21 sociétés et 26 personnes physiques ont été condamnées sur le fondement du *FCPA*. À titre de comparaison, entre 2010 et 2012, plus de 38 sociétés se sont vues imposer une amende sur le même fondement, pour un montant total de 762,9 millions de dollars. V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, *Rapport de l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, Phase 2, oct. 2002, para. 48 ; Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, phase 3, décembre 2002, para. 2.

¹⁴⁸ V. not. M. KÆHLER, « Big, Bold and Bizarre : The Foreign Corrupt Practices Act Enters a New Era », *University of Toledo Law Review*, vol. 43, n° 1, 2011. URL : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971021

¹⁴⁹ À ce propos, v. H. DE VAUPLANE, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, Paris, 2013, pp. 23-40 ; A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER, « Nouveau modèle global ou extension de la puissance américaine ? », in A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER (dir.), *op. cit.*, pp. 187-191 ; J. LELIEUR, « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 89-106, spéc. pp. 102-104.

européens, à l'exemple de la France qui n'a prononcé qu'une seule condamnation à l'encontre d'une personne morale pour corruption active d'un agent public étranger¹⁵⁰, apparaissent dès lors insuffisants.

S'agissant des autres formes de corruption, des affaires continuent régulièrement d'être mises à jour, sans nécessairement conduire à des condamnations pénales, ce qui rend difficile l'évaluation des progrès effectivement accomplis. Ainsi, la « corruption politique » touche tant les pays hors de l'Europe¹⁵¹, que les pays candidats à l'adhésion à l'UE¹⁵² ou encore les États membres de l'UE¹⁵³. De même, le crime organisé développe toujours ses activités au moyen de la corruption, à l'exemple des problèmes affectant l'Italie vingt ans après l'opération d'ampleur « mains propres »¹⁵⁴. Enfin, les difficultés touchant la coopération judiciaire constituent toujours un risque d'impunité¹⁵⁵.

39. Pression horizontale. Le caractère faiblement dissuasif du cadre répressif a conduit les acteurs de la lutte contre la corruption à diversifier leur approche, souvent de

¹⁵⁰ CA Paris, 26 févr. 2013, arrêt n° 13/09208. V. « Corruption internationale : première condamnation française de personnes morales », *Dalloz*, 2016, pp. 1240 et s.

¹⁵¹ Par ex., au Brésil, l'affaire dite « Petrobras ». V. « Brésil : Petrobras au cœur de la corruption », *Le Monde* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/04/bresil-petrobras-au-c-ur-de-la-corruption_4895173_4890278.html

¹⁵² Par ex., le décret d'amnistie du Président macédonien en 2016. V. B. VITKINE, « En Macédoine, un projet d'amnistie provoque des heurts dans la rue », *Le Monde* [En ligne], 13 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/04/13/en-macedoine-un-projet-d-amnistie-relance-la-contestation-du-pouvoir_4901258_3214.html

¹⁵³ Par ex., le projet de loi sur l'amnistie en Roumanie. V. B. VITKINE, « Roumanie: première victoire pour Klaus Iohannis contre la corruption », *L'Express* [En ligne], 18 nov. 2014, URL : www.lexpress.fr/actualites/1/monde/roumanie-premiere-victoire-pour-klaus-iohannis-contre-la-corruption_1623299.html

¹⁵⁴ En Italie, une seconde affaire « mains propres » a récemment éclaté. V. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 12 sur l'Italie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 5-7 ; V. RIVA, « En Italie, “les juges sans moyens face à la corruption” », Interview, *Le JDD* [En ligne], 28 décembre 2014, URL : <http://www.lejdd.fr/International/Europe/Pour-Antonio-Di-Pietro-les-juges-en-Italie-sans-moyens-face-a-la-corruption-708912> ; « Une nouvelle affaire de corruption secoue l'Italie », *Tribune de Genève* [En ligne], 17 mars 2015, URL : <http://www.tdg.ch/monde/faits-divers/Une-nouvelle-affaire-de-corruption-secoue-l-Italie/story/25824164> ; « Corruption : une quarantaine d'accusés jugés pour des actes mafieux à Rome », *20 minutes* [En ligne], 5 nov. 2015, URL : <http://www.20minutes.fr/monde/1724315-20151105-corruption-quarantaine-accuses-juges-actes-mafieux-rome> ; « Vingt ans plus tard, l'opération Mani Pulite hante encore l'Italie », *Le Point* [En ligne], 17 févr. 2012, URL : http://www.lepoint.fr/monde/vingt-ans-plus-tard-l-operation-mani-pulite-hante-encore-l-italie-17-02-2012-1432388_24.php

¹⁵⁵ Par ex., un procureur portugais aurait classé sans suite une affaire de corruption en raison de l'absence de réponse des autorités allemandes. V. les débats au Parlement européen du 13 janv. 2015 (intervention Ana Gomes), URL : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20150113+ITEM-017+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

manière non concertée, et à opter pour une pression qui n'est plus verticale (internationalisation) mais horizontale.

40. Compliance. Le risque de corruption a ainsi progressivement intégré les préoccupations éthiques¹⁵⁶ des entreprises notamment pour se mettre en conformité avec les exigences américaines et, plus récemment, anglaises¹⁵⁷. Les entreprises, du moins les multinationales, sont appelées à participer directement à la lutte contre la corruption. De manière ambitieuse, et parfois pour être en mesure de répondre à des appels d'offres, certaines entreprises vont également au-delà de leurs obligations légales et intègrent la corruption dans leurs préoccupations de Responsabilité Sociale et Environnementale (RSE)¹⁵⁸. Toutefois, le développement d'une culture de la conformité, ou « *compliance* », reste un processus long et complexe, surtout en l'absence d'orientations claires et pertinentes entre les États : « *le risque est de promouvoir une politique anticorruption réduite à une créature autonome qui tourne à vide, ne se nourrissant plus que d'elle-même, produisant toujours plus de procédures et de pratiques mais sans apporter la cohérence, l'explication et la prévisibilité propres à la règle de droit* »¹⁵⁹.

41. Prévention. Certains États développent également des politiques publiques qui vont au-delà de leurs obligations internationales, mais qui portent essentiellement sur des mesures préventives. Une place de plus en plus importante est ainsi attribuée à la transparence qui s'étend par exemple aux déclarations de patrimoine des élus¹⁶⁰ ou encore aux activités des « représentants d'intérêts »¹⁶¹, ou *lobbies*, afin d'éviter les conflits d'intérêts. Si des évolutions juridiques notables mêlant répression et prévention sont

¹⁵⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, pp. 423-424, v^o Éthique : « Ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques) ».

¹⁵⁷ V., par ex., S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI (dir.), *Preventing Corporate Corruption – The Anti-Bribery Compliance Model*, éd. Springer, Heidelberg, 2014.

¹⁵⁸ V., par ex., la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale. À ce propos, v. I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, n^o 4, 2010, pp. 401-439.

¹⁵⁹ A. MIGNON COLOMBET, « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *JCP G*, n^o 51, 15 déc. 2014, 1298 ; adde, A. MIGNON COLOMBET, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, 2015, pp. 346 et s. ; E. DAOUD, C. LE CORRE, « La conformité des entreprises en matière de lutte anti-corruption », *AJ Pénal*, 2015, pp. 349 et s.

¹⁶⁰ V., par ex., L. n^o 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, 12 oct. 2013, p. 16829.

¹⁶¹ Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. URL : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-691.html>

parfois relevées¹⁶², ces lois sont également jugées insuffisantes, voire destinées uniquement à satisfaire l'opinion publique : « *Les politiques anti-corruption peuvent aussi être envisagées comme des politiques symboliques [EDELMAN, 1991], au sens où leur fonction résiderait davantage dans la recherche d'une légitimité superficielle que dans celle d'une efficacité réelle. Leur échec ne serait donc qu'apparent et serait inscrit dans leur conception même. [...] Les "lois de panique" adoptées en novembre 2013 à la suite de l'affaire Cahuzac [LASCOSMES, 2013] ne rompent pas avec la logique antérieure de simulation répressive* »¹⁶³.

En matière répressive, les évolutions sont inégales. Certains États présentent une volonté supérieure en ajustant et en diversifiant les peines encourues¹⁶⁴, ou en cherchant à définir de nouvelles infractions¹⁶⁵. D'une manière générale, les difficultés à réprimer effectivement la corruption conduisent les États à privilégier la gestion administrative et à recourir à une justice négociée¹⁶⁶ pour détecter et réprimer plus facilement les infractions¹⁶⁷. Toutefois, les écarts entre les droits positifs sont encore importants¹⁶⁸ et ne favorisent pas la coopération judiciaire.

42. Multiplication des suivis. Au plan international, les difficultés actuelles portent sur l'interaction des différents organes de suivi afin d'éviter les doublons et les surcharges administratives, certains États étant soumis à plus de trois évaluations, parfois conduites

¹⁶² V., par ex., M. SEGONDS, « La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts », *RSC*, 2013, pp. 877 et s.

¹⁶³ P. LASCOSMES, C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes – De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, coll. U, éd. Armand Colin, 2014, pp. 245-271, spéc. pp. 262-263. Adde, E. ALT, « Les lois sur la transparence et la fraude : une réponse médiocre à la corruption de la République », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 117-121.

¹⁶⁴ Par ex., en France, v. L. n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, 7 déc. 2013, p. 19941.

¹⁶⁵ Par ex., l'infraction d'échec des organisations commerciales à prévenir la corruption, créée par la loi anglaise *UK Bribery Act* de 2010. UKBA, art. 7 à 9.

¹⁶⁶ Par ex., v. A. GARAPON, A. MIGNON, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *RIDE*, 2016, pp. 197-215.

¹⁶⁷ Par ex., le projet de loi dit « Sapin 2 » envisage de donner de nouvelles compétences au Service Central de Prévention de la Corruption instituant une commission des sanctions susceptible de prononcer des injonctions et des sanctions à l'encontre des sociétés ne respectant pas leurs obligations de prévention.

¹⁶⁸ V., par ex., R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, URL : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/MACAULEY_FR.pdf

la même année¹⁶⁹. De surcroît, l'influence des groupes de suivi sur le cadre répressif des États évalués a tendance à décroître et ne permet pas nécessairement de répondre aux problématiques actuelles¹⁷⁰.

43. Retour à une pression verticale. Dans ce contexte, le retour à une pression verticale (de l'international vers le national) est-il susceptible d'apporter une réponse aux problématiques de coopération judiciaire et de mise en œuvre effective ? Une concertation internationale apparaît indispensable pour remédier à certaines incertitudes juridiques comme l'application transnationale du principe *ne bis idem*¹⁷¹. Au-delà de ces ajustements, certains auteurs préconisent un changement de paradigme, en passant d'une logique interétatique à une logique supranationale. La principale proposition en la matière étant de transférer le contentieux de la corruption internationale à une cour pénale internationale¹⁷². Toutefois, celle-ci apparaît encore lointaine, les rares initiatives en la matière ayant emporté une faible adhésion¹⁷³, et reste partielle puisqu'elle ne pourrait appréhender que les faits les plus graves.

De manière plus pragmatique, l'Union européenne ne pourrait-elle pas offrir une solution à ce nécessaire « *sursaut européen* » en matière de lutte contre la corruption¹⁷⁴ ?

¹⁶⁹ Entre 2011 et 2012, l'Italie a dû subir les trois évaluations du GRECO, du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE et des Nations Unies. À ce propos, v. L. SALAZAR, « Monitoring International Instruments against Corruption », *eucri*, n° 1, 2012, p. 23.

¹⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité Économique et Social Européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011)308 final, pp. 5-6.

¹⁷¹ Rapport de la commission *ad hoc* du Club des Juristes, *Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale*, mars 2015, p. 39, URL : <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/rapport-du-renforcement-de-la-lutte-contre-la-corruption-transnationale/>

¹⁷² En ce sens, v. Y. RADI, « Du “dilemme du prisonnier” au “jeu d'intégration” – L'internationalisation de l'incrimination pénale de corruption active transnationale », in D. DORMOY, *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 170-218, spéc. pp. 193-197 ; v. égal. S. BAH, *L'effectivité des conventions anti-corruption internationales : vers une cour pénale internationale en criminalité économique pour punir le vol d'état*, coll. Recherches juridiques, éd. Schulthess, 2014.

¹⁷³ Par ex., Proposition de résolution de la Chambre des Représentants de Belgique étendant la compétence de la Cour pénale internationale à d'autres délits internationaux graves, en particulier les délits économiques, 27 avril 2000, URL : <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/50/0607/50K0607001.pdf>

¹⁷⁴ J. LELIEUR, « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 89-106, spéc. p. 104.

V

L'européanisation de la lutte contre la corruption : problématique générale

44. Originalité de l'UE. La lutte contre la corruption conduite sous l'égide de l'Union européenne (ci-après, « UE ») peut être partiellement dissociée du mouvement d'internationalisation abordé ci-dessus. Si temporellement, les processus internationaux débutent tous de manière concomitante, les efforts déployés au niveau de l'UE résultent avant tout d'une logique interne. En effet, un rapprochement toujours plus étroit entre les États membres les a conduits à basculer d'une Europe essentiellement économique vers une Europe politique avec la signature du traité de Maastricht, le 7 février 1992¹⁷⁵. La nécessité de protéger des intérêts communs et notamment le « budget fédéral » européen ainsi que de répondre à une criminalité susceptible de profiter de l'ouverture des frontières a entraîné la reconnaissance progressive d'une compétence européenne en matière pénale. Dans le cadre de cette évolution générale, la lutte contre la corruption s'est donc imposée comme un impératif de la construction européenne.

45. Synergie. Pour autant, les deux processus, international et de l'Union européenne, interagissent en permanence. Les États membres ont ainsi adopté des positions communes¹⁷⁶ afin de parler d'une voix unique lors des négociations des autres conventions internationales anticorruption (conventions de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies). En outre, toute adhésion à l'Union européenne est dorénavant conditionnée à la signature par l'État candidat des conventions précitées. Un autre exemple peut être trouvé dans la décision d'incriminer la corruption dans le secteur privé qui résulte à la fois d'une volonté commune des États membres et de l'échec des négociations sur ce point dans le cadre de la convention des Nations Unies contre la corruption. Aujourd'hui, la similarité des acteurs concernés, voire de l'espace géographique en ce qui concerne le Conseil de l'Europe, conduit à des interactions croisées permanentes entre le niveau national, européen et international, dont la

¹⁷⁵ Traité de Maastricht, signé le 7 févr. 1992, en vigueur le 1^{er} nov. 1993.

¹⁷⁶ Position commune du 6 octobre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 279 du 13 oct. 1997, pp. 1-2 ; Deuxième position commune du 13 novembre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 320 du 21 nov. 1997, pp. 1-2 ; Note du Secrétariat général du Conseil sur la publication au Journal officiel des première, deuxième et troisième positions communes définies par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 5 déc. 2003, réf. 15678/03.

complexité peut rendre incertaine le lieu pertinent pour insuffler un nouvel élan dans la lutte contre la corruption. Ces interactions ont pour corollaire de renouveler la question de la place de la lutte contre la corruption au sein d'un espace de liberté, de sécurité et de justice sans cesse élargi.

A. La lutte contre la corruption au sein d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice naissant

46. Première tentative. La première tentative de la Communauté européenne d'imposer l'incrimination de la corruption active et passive remonte au projet de traité, présenté en 1976 par la Commission et « *portant modification des traités instituant les Communautés européennes en vue d'adopter une réglementation commune sur la protection pénale des intérêts financiers des Communautés ainsi que sur la poursuite des infractions aux dispositions desdits traités* »¹⁷⁷. Les articles 3 et 5 du protocole annexé au projet de traité susmentionné prévoient l'obligation pour chaque État membre de sanctionner de manière équivalente la corruption active et passive d'un fonctionnaire national et d'un fonctionnaire des Communautés européennes. Le mécanisme permet alors de pallier l'absence de compétence communautaire en matière pénale et repose sur le principe d'assimilation : « *le principe d'assimilation consiste dès lors à imposer aux États membres d'accorder aux intérêts des Communautés un degré de protection équivalent à celui accordé par les États à leurs propres intérêts* »¹⁷⁸. Si le projet de traité n'aboutit pas, le principe d'assimilation va subsister, tout d'abord sous l'influence de la Cour de Justice de Communautés européennes¹⁷⁹ avant d'être consacré par le traité de Maastricht¹⁸⁰, puis d'être inséré explicitement dans les conventions de l'Union européenne relatives à la répression de la corruption.

47. Structure en « piliers ». La période intéressant la présente thèse débute donc avec les prémices d'un espace pénal européen. À partir du traité de Maastricht, l'action communautaire est scindée en trois piliers. Le premier pilier, ou « pilier communautaire » regroupe l'ensemble des politiques intégrées (comme la politique agricole commune, l'union douanière, le marché intérieur, mais aussi la protection des intérêts financiers des

¹⁷⁷ Proposition de la Commission du 10 août 1976, *JOCE* C 222 du 22 sept. 1976, pp. 13-17, spéc. p. 15.

¹⁷⁸ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 307.

¹⁷⁹ CJCE, 21 sept. 1999, *Commission c. Grèce*, aff. C-68/88, Rec. 1989, p. 2965.

¹⁸⁰ TCE (Maastricht), art. 209 A.

Communautés), les compétences pouvant être partagées ou communes, et fonctionne selon la « méthode communautaire » : la Commission dispose du monopole d'initiative et soumet sa proposition au Parlement européen et au Conseil qui adoptent les directives ou les règlements selon la règle de la majorité (qualifiée ou absolue)¹⁸¹. À l'inverse, le deuxième pilier, relatif à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), et le troisième pilier, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, sont régis par la « méthode intergouvernementale » : le droit d'initiative est soit partagé entre la Commission et les États membres soit appartient exclusivement aux États membres ; dans la plupart des cas, le Conseil adopte seul l'instrument proposé selon la règle de l'unanimité¹⁸².

La « compétence pénale », située logiquement au sein du troisième pilier, n'est donc pas directe : « l'Union européenne n'est que le lieu de rencontre des compétences de la Communauté et des États membres au sein d'un cadre institutionnel unique »¹⁸³. C'est dans ce cadre institutionnel précis que sont adoptés les instruments répressifs de lutte contre la corruption et l'analyse ne peut se défaire des enjeux du droit pénal européen : les choix des États membres (instrument, objet, contenu) sont sans cesse soumis à une tension entre la mise en place nécessaire d'une lutte contre la corruption et la crainte d'un transfert incontrôlé de souveraineté vers l'Union européenne.

48. Les objectifs de la lutte. En outre, la corruption ne figure pas expressément dans le traité de Maastricht. La lutte contre ce phénomène doit donc être systématiquement adossée à un objectif plus large¹⁸⁴.

Le premier objectif est celui de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes initialement affirmé par la résolution relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, adoptée le 6 décembre 1994 : « *les États membres devraient prendre des mesures efficaces pour sanctionner la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes et concernant les intérêts financiers des*

¹⁸¹ TCE (Maastricht), art. 189 B à 191.

¹⁸² S'agissant du troisième pilier, v. TUE (Maastricht), art. K.3 et K.4.

¹⁸³ H. LABAYLE, « L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne en la matière pénale », *RSC*, 1995, pp. 35 et s.

¹⁸⁴ Pour une présentation similaire, v. V. MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law : Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 160-195.

Communautés »¹⁸⁵. Les États membres ne parvenant pas à un accord immédiat, une convention relative à la protection des intérêts financiers (ci-après, « convention PIF ») est établie en 1995 afin de réprimer la fraude¹⁸⁶. Un an plus tard, la corruption fait l'objet d'un protocole à la convention PIF (ci-après « premier protocole PIF »), adopté le 27 septembre 1996¹⁸⁷. Le protocole impose l'incrimination de la corruption active et passive des fonctionnaires nationaux et communautaires, mais est immédiatement limité aux actes qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Toutefois, les limites susmentionnées ne permettent pas d'appréhender tous les risques liés à l'ouverture des frontières et notamment de répondre efficacement à une criminalité transnationale. Aussi, le second objectif justifiant l'action des États membres sera de renforcer la coopération judiciaire en matière pénale. Après de courtes négociations, le Conseil adopte donc le 26 mai 1997 un acte établissant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne¹⁸⁸. La convention présente un double intérêt par rapport aux instruments existants ou en cours de négociation : elle se démarque du premier protocole PIF puisqu'elle n'est pas limitée à la protection des intérêts financiers et de la convention de l'OCDE puisqu'elle appréhende tous les actes de corruption publique même s'ils n'ont pas pour objectif d'obtenir ou de conserver un marché. Toutefois, elle reste limitée aux fonctionnaires communautaires et à ceux des autres États membres de l'Union européenne.

Un troisième objectif, celui de protection du marché intérieur, va conduire à l'adoption de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Cependant, ce dernier instrument s'inscrit dans un nouveau cadre : celui du traité d'Amsterdam qui consacre la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

¹⁸⁵ Résolution du Conseil, du 6 décembre 1994, relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, *JOCE* C 355 du 14 déc. 1994, pp. 2-3, point h.

¹⁸⁶ 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, signée le 26 juillet 1995, en vigueur le 17 oct. 2002.

¹⁸⁷ 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, signé le 27 septembre 1996, en vigueur le 17 sept. 2002.

¹⁸⁸ Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, signée le 26 mai 1997, en vigueur le 28 sept. 2005.

49. Création de l'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, apporte quelques innovations juridiques et notamment la possibilité de recourir, pour les domaines du troisième pilier, non plus à une convention internationale, mais à une décision-cadre, instrument dont les effets sont identiques à ceux d'une directive à l'exception de l'effet direct¹⁸⁹. En outre, il consacre la création d'un nouvel espace : « *Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale [...]. Cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude* »¹⁹⁰. Le sommet de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 est l'occasion pour le Conseil européen de placer cet objectif au centre de la politique européenne¹⁹¹.

Toutefois, la méthode est toujours intergouvernementale et prolonge donc les enjeux précédents. Il faut donc attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour que le droit primaire offre la possibilité d'une véritable évolution de la lutte contre la corruption.

B. La lutte contre la corruption au sein d'un l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice consacrée par le Traité de Lisbonne

50. Traité de Lisbonne. Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009¹⁹², marque un tournant décisif dans l'eupéanisation du droit pénal : « *Le Traité de Lisbonne, par les très nombreuses nouveautés qu'il apporte sur le plan institutionnel, matériel, formel du droit de l'Union européenne, en bouleverse l'organisation et le fonctionnement, redessine, entre autres, en profondeur l'exercice des compétences, et, notamment, affirme une certaine compétence pénale de l'Union. Le temps où l'on pouvait dire entière la souveraineté pénale des États membres, où l'on pouvait analyser comme*

¹⁸⁹ TUE (Amsterdam), art. 34§2, point c.

¹⁹⁰ Nous soulignons. TUE (Amsterdam), art. 29.

¹⁹¹ Conclusions de la Présidence du Conseil européen lors du sommet de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.

¹⁹² Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007, en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

une illusion l'existence ne serait-ce que d'un système pénal européen embryonnaire est donc bien révolu. La reconnaissance d'une compétence pénale de l'Union n'est pourtant pas une rupture radicale, mais, au contraire, la concrétisation d'une longue évolution »¹⁹³.

51. Un nouvel « eurocrime ». L'innovation majeure réside dans la suppression de la structure en piliers et le passage, pour la matière pénale, d'une logique intergouvernementale à une logique communautaire. L'article 83 paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »), situé sous le titre V relatif à « l'espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁹⁴, consacre ainsi la possibilité d'adopter une directive « *établissant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* ». Or, parmi ces domaines de criminalité limitativement définis à l'alinéa suivant, figure explicitement la corruption, nouvel « eurocrime ».

52. Coopération v. Intégration. Aussi, la reconnaissance d'une compétence pénale de l'Union européenne doit être confrontée aux difficultés rencontrées par les États membres dans la lutte contre la corruption nationale et surtout transnationale. À un moment où les États membres diversifient leurs actions contre la corruption se pose la double question d'un retour au droit pénal et à une dimension verticale du combat engagé. Or, force est de constater que depuis 2009, aucune directive centrée sur cette question n'a été proposée par la Commission européenne. Au contraire, cette dernière amorce un mouvement en direction du droit souple par le biais d'un nouveau rapport anticorruption. Dès lors se pose la problématique plus générale d'une redéfinition du rôle de l'Union : l'Union européenne doit-elle devenir un simple rouage d'une lutte contre la corruption globale, se contentant de ne protéger que les intérêts qui lui sont étroitement liés ou, au contraire, devenir le moteur de la lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ?

¹⁹³ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les eaux troubles du droit pénal de l'Union européenne », *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, pp. 130-145, spéc. p. 131.

¹⁹⁴ L'ELSJ relève des compétences partagées. V. TFUE (Lisbonne), art. 4§2, point j.

53. Enjeux sous-jacents. Toute tentative de réponse doit nécessairement tenir compte des enjeux nationaux, européens et internationaux.

Au plan national, la nécessité de respecter la diversité des traditions juridiques européennes complique l'émergence d'un consensus autour de nombreuses problématiques comme la prescription ou la responsabilité des personnes morales. En outre, l'élargissement de l'Union européenne depuis 2004 accentue ces difficultés et contraint à trouver des solutions communes dans un espace où cohabitent des pays perçus comme les moins corrompus au monde et des pays où la corruption est perçue comme endémique¹⁹⁵.

Au plan européen, les déclarations en faveur d'une politique ambitieuse de lutte contre la corruption ne correspondent pas toujours aux actions effectivement entreprises. La question de la volonté politique de lutter contre ce phénomène se retrouve donc, avec le choix d'incriminer, au niveau européen. De surcroît, le traité de Lisbonne laisse entrevoir d'autres fondements : la concurrence des bases légales susceptibles de soutenir l'évolution de la lutte contre la corruption, nécessite de déterminer la voie qu'il convient de privilégier, tout en respectant le principe de subsidiarité¹⁹⁶.

Au plan international, la définition des interactions avec les acteurs internationaux de la lutte contre la corruption est primordiale. D'une part, l'Union européenne peut être tentée de se reposer sur les initiatives externes et une telle stratégie doit être mise en perspective. D'autre part, les institutions européennes pourraient elles-mêmes faire l'objet d'un contrôle par des groupes de suivi anticorruption internationaux.

54. Aussi, la méthodologie et l'articulation de l'analyse retenues pour la présente thèse essaient de tenir compte de la nécessité d'appréhender chacune des dimensions évoquées ci-dessus.

¹⁹⁵ V., par ex., l'Indice de Perception de la Corruption de 2015 de Transparency International qui classe le Danemark en première position et la Bulgarie en soixante-neuvième position. URL : <https://www.transparency.org/cpi2015>

¹⁹⁶ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2016, p. 85 : « Le principe de subsidiarité signifie donc que le législateur européen ne peut donc intervenir (en matière pénale) que si et dans la mesure où l'objectif qu'il poursuit ne peut être atteint de manière satisfaisante par les États membres agissant individuellement mais peut l'être davantage au moyen d'une action au plan européen. Toute intervention de l'Union est par conséquent subordonnée à la justification de sa nécessité ».

VI

Méthodologie, Hypothèse et Plan

55. Les travaux consacrés à l'internationalisation de la lutte contre la corruption retiennent généralement deux approches distinctes. Une approche purement horizontale consistant à comparer les initiatives internationales entre elles ou, au contraire, à effectuer une étude de droit comparé en faisant abstraction des instruments internationaux. Une approche à la fois verticale et horizontale afin d'éclairer l'analyse d'une convention internationale spécifique : par exemple, la lutte contre la corruption sous l'égide du Conseil de l'Europe sera enrichie du droit comparé de trois ou quatre pays déterminés. Si chacune de ces approches présente un intérêt, elles ont été écartées dans le cadre de la présente thèse. Aucun État n'a été formellement exclu de l'étude. Chaque État membre ne connaissant pas les mêmes difficultés, une analyse réduite à certains d'entre eux aurait rendu difficile l'étude d'une lutte contre la corruption dans un espace qui se veut commun. En outre, un tel choix a été rendu possible par les nombreux rapports internationaux des groupes de suivi qui facilitent l'accès au droit positif des États membres sans pour autant permettre une analyse approfondie de droit comparé. Lorsque cela a été possible, la présente étude s'appuie également sur la traduction de certains documents réalisée directement par des personnes maîtrisant la langue concernée.

56. L'hypothèse de travail qui sous-tend cette étude est celle d'une nécessaire redéfinition de la stratégie de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption à travers une nouvelle harmonisation du droit pénal substantiel. Un changement de paradigme, d'une logique de coopération vers une logique d'intégration¹⁹⁷, s'avère indispensable non seulement pour dépasser les lacunes actuelles dans la répression de la corruption, notamment celles découlant d'un manque de volonté politique, mais également donner sens à l'ensemble des mesures préventives qui ne peuvent se concevoir sans l'existence d'un risque pénal. Aussi, une directive centrée sur la corruption pourrait permettre un contrôle effectif des États membres tant dans la transposition, par le biais d'un contrôle juridictionnel, que dans l'application effective, par le biais d'une poursuite initiée au niveau supranational.

¹⁹⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016, p. 561, v^o Intégration : « 1. Transfert de compétences étatiques d'un État à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales [...]. 3. Au sein de la CEE, octroi à certains organes communautaires (par exemple la Commission) de compétences supranationales s'exerçant dans certains domaines de la vie économique et sociale des États membres ».

57. Afin de vérifier l'hypothèse ainsi posée, les choix d'incrimination effectués jusqu'à présent au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice doivent être examinés (Partie I). La recherche conduit ainsi à renouveler l'analyse du cadre juridique actuel, défini selon la méthode intergouvernementale, à la lumière des évolutions récentes, d'une part, de la lutte contre la corruption et, d'autre part, du droit primaire de l'Union européenne. À partir du constat effectué, elle incite à se pencher sur les orientations actuelles en matière d'harmonisation pénale, notamment à travers la proposition de directive relative à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal.

Si ce cheminement présente l'inconvénient d'aborder à chaque fois des enjeux qui peuvent sembler similaires, comme la définition de l'infraction ou des sanctions, il présente également un double intérêt. Premièrement, il devrait permettre au lecteur de mieux appréhender chaque instrument dans son contexte juridique. Les actes juridiques adoptés sous les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Lisbonne ne sont pas soumis exactement aux mêmes enjeux ; ils correspondent chacun à un temps de la construction européenne. La lutte contre la corruption reste ainsi la seule infraction à couvrir toute l'évolution du droit pénal de l'Union européenne et à avoir été l'objet de presque chaque type d'instrument disponible.

58. À la suite du programme de Stockholm¹⁹⁸, la Commission européenne a défini un nouveau plan d'action¹⁹⁹ qui exclut implicitement, la proposition de toute directive centrée sur la corruption. Sa stratégie a par la suite été confirmée dans son « paquet anticorruption » qui préconise une lutte globale contre ce phénomène et dont la mesure centrale est la mise en place d'un rapport anticorruption de l'Union européenne périodique. La méthode a pour objectif affiché de remédier à l'ineffectivité de la répression due à l'absence de volonté politique de la plupart des États membres de l'UE. Aussi, le second temps de l'étude sera consacré aux problématiques de mise en œuvre rencontrées par les États membres et aux solutions préconisées par la Commission qui postule la suffisance du cadre juridique répressif actuel (Partie II). Cet examen permettra

¹⁹⁸ Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE C 115* du 4 mai 2010, pp. 1-38.

¹⁹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, 20 avril 2010, COM(2010)171 final.

de vérifier si l'hypothèse avancée ci-dessus ne permettrait pas d'améliorer, au moins partiellement, l'effectivité de la répression de la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice tout en crédibilisant l'ensemble des actions menées par l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption.

PREMIÈRE PARTIE



LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE D'UN CADRE JURIDIQUE ANTICORRUPTION PROPRE A L'UNION EUROPEENNE

59. Construction du cadre juridique. Le cadre anticorruption de l'Union européenne s'est progressivement construit dans le cadre du troisième pilier par l'adoption de plusieurs conventions internationales puis d'une décision-cadre au début des années deux-mille (Titre I).

Toutefois, l'efficacité de ces conventions s'est progressivement amenuisée. Premièrement, l'adoption d'instruments internationaux de lutte contre la corruption dans le cadre de plusieurs organisations internationales (OCDE, Conseil de l'Europe, ONU), dont la majorité des États membres sont signataires, a considérablement réduit l'intérêt des précédents outils. Ces traités multilatéraux sont souvent plus complets et ont prévu des mécanismes de contrôle efficaces permettant une évolution progressive des législations. Deuxièmement, afin d'assurer un espace de liberté, de sécurité et de justice, les outils prévus par le droit primaire pour l'harmonisation du droit pénal substantiel ont été renforcés. De même, la confiance mutuelle des États a progressé à travers l'adoption de nombreuses décisions-cadres relatives au droit pénal processuel. Or, les conventions de lutte contre la corruption n'ont jamais pu profiter de l'ensemble de ces améliorations. De nombreuses dispositions apparaissent aujourd'hui obsolètes.

60. Conséquences du traité de Lisbonne. Enfin, les évolutions mises en œuvre après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont loin d'annoncer une rationalisation de la lutte contre la corruption. Au contraire, la Commission n'a, depuis le 1^{er} décembre 2009,

proposé qu'une seule directive relative à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Or, le choix de conserver les dispositions relatives à la lutte contre la corruption dans ce nouvel instrument, alors que celles-ci avaient déjà été partiellement transférées dans la convention de Bruxelles ne semble pas pertinent. Cette directive laisse craindre non seulement une nouvelle complexification du cadre juridique, mais aussi une stagnation de la lutte contre la corruption au sein de l'Union européenne. La « communautarisation » de la lutte contre la corruption reste donc inachevée. Ainsi, la Commission européenne privilégie implicitement une stratégie de diversification, voire d'externalisation, des sources malgré les nouvelles possibilités offertes par le traité de Lisbonne alors que celles-ci permettraient d'aller au-delà de toutes les autres initiatives internationales et de consacrer la place centrale de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption (Titre II).

TITRE I

-

LE MAINTIEN DES INSTRUMENTS INTERGOUVERNEMENTAUX APRES LE TRAITE DE LISBONNE

61. La lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la CE. La lutte contre la corruption s'inscrit initialement dans le cadre spécifique de la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne. L'objectif de lutte contre la fraude de dimension internationale est prévu non seulement à l'article 209 A du Traité sur l'Union européenne dans sa version postérieure au traité de Maastricht, mais aussi à l'article K.1 du même traité.

62. Adoption de la convention PIF et de ses protocoles. La convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes²⁰⁰ (ci-après, « convention PIF ») ne s'intéresse pas à la corruption. Seuls le premier protocole PIF²⁰¹ du 27 septembre 1996 (ci-après, « premier protocole PIF ») et le deuxième protocole²⁰² du 19 juin 1997 (ci-après, « deuxième protocole PIF ») visent directement les actes de corruption. S'y ajoute un protocole concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés Européennes de la convention PIF et du premier protocole PIF (ci-après, « protocole CJCE »)²⁰³.

²⁰⁰ 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, signée le 26 juillet 1995, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE C* 316 du 27 nov. 1995, pp. 49 et s.

²⁰¹ 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, signé le 27 septembre 1996, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE C* 313 du 23 oct. 1996, pp. 1 et s.

²⁰² 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, signé le 19 juin 1997, en vigueur le 19 mai 2009, *JOCE C* 221 du 19 juill. 1997, pp. 12 et s.

²⁰³ 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, signé le 29 novembre 1996, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE C* 151 du 20 mai 1997, pp. 1 et s.

63. L'adoption d'une série successive de textes constitue une fragmentation annoncée et cohérente : en effet, le point h de la résolution du 6 décembre 1994 correspond au premier protocole PIF et les points f et i au deuxième protocole PIF de 1997. L'objet limité du premier protocole²⁰⁴ ne s'explique donc pas par un manque d'ambition de la part de l'Union européenne. Le renforcement de la convention PIF est d'ailleurs annoncé dans l'acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant celle-ci : « *considérant que pour lutter contre cette fraude avec la plus grande vigueur, il est nécessaire d'établir un premier dispositif conventionnel, à compléter à bref délai par un autre instrument juridique, de manière à améliorer l'efficacité de la protection pénale des intérêts financiers des Communautés européennes* ».

64. Convention du 26 mai 1997. Cependant, l'articulation des dispositions relatives à la corruption était inutilement complexifiée par les multiples renvois opérés par les conventions entre elles. Les États membres ont finalement adopté, le 26 mai 1997, la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne²⁰⁵ (ci-après, « convention de Bruxelles »). Ce traité fusionne toutes les dispositions relatives à la lutte contre la corruption de la convention PIF, du premier protocole PIF et du protocole CJCE. Il inclut quelques modifications et notamment une incrimination plus large des actes de corruption qui ne sont plus limités aux hypothèses de fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne.

À la différence du premier protocole PIF qui vise d'abord à protéger le « budget européen », la convention de Bruxelles est adoptée afin de remédier au vide juridique entourant la corruption des fonctionnaires communautaires et celle des fonctionnaires des autres États membres dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

65. Toutefois, le cadre juridique reste complexe puisque, d'une part, le premier protocole PIF n'a pas été abrogé et, d'autre part, le deuxième protocole PIF qui prévoit la responsabilité pénale des personnes morales est paradoxalement non transféré. Pourtant,

²⁰⁴ V. *infra*, n° 85.

²⁰⁵ Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, signée le 26 mai 1997, en vigueur le 28 septembre 2005, *JOCE* C 195 du 25 juin 1997, pp. 2 et s.

le deuxième protocole PIF continue de s'appliquer lorsqu'il existe un acte de corruption qui porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

La présente étude retiendra la cohérence du dispositif juridique : seules les dispositions de la convention de Bruxelles seront étudiées et il ne sera fait référence aux outils antérieurs que s'il existe une évolution significative (Chapitre I). En outre, comme il l'a été souligné, le régime de la responsabilité des personnes morales nécessite l'étude du deuxième protocole PIF.

66. Après l'adoption prioritaire de ses instruments relatifs à la lutte contre la corruption dans le secteur public, l'Union européenne s'est intéressée à la corruption dans le secteur privé afin notamment de lutter contre les distorsions de concurrence. Tenant compte des innovations du traité d'Amsterdam, elle adopte, le 22 juillet 2003, une décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé qui entraîne une nouvelle complexification du cadre juridique anticorruption de l'UE (Chapitre II).

CHAPITRE I – La convention du 26 mai 1997 : la protection du secteur public européen contre la corruption

67. Chronologie des traités. La coordination internationale de la répression des actes de corruption dans le secteur public n'est pas propre à l'Union européenne. Une multitude de traités, à portée mondiale ou régionale, est adoptée dans le milieu des années quatre-vingt-dix et au début des années deux-mille. Toutefois, l'Union européenne est la première à s'être dotée d'un tel instrument. Chronologiquement, seule l'Organisation des États Américains (OEA) la devance par l'adoption de la convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996. Mais il s'agit d'une convention régionale qui n'est signée par aucun pays membre de l'Union européenne²⁰⁶.

68. Évolution du cadre juridique de l'UE. L'Union européenne se distingue également par l'adoption non pas d'un instrument unique, mais d'une série de traités en l'espace de seulement trois ans. Ces conventions multilatérales sont pourtant conclues dans un temps voisin à l'adoption de la convention OCDE relative à la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales²⁰⁷ (ci-après, « convention OCDE ») et à l'élaboration de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe²⁰⁸ (ci-après, « convention pénale sur la corruption »).

La fragmentation du cadre juridique de l'Union européenne répond à une logique fixée par le Conseil dans une résolution du 6 décembre 1994 relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés qui constitue une véritable « feuille de route » des instruments à venir, même si la méthode (action commune ou convention) n'est pas encore définie²⁰⁹. Cette stratégie est essentiellement mise en œuvre pour dépasser progressivement les hésitations qui persistent et les craintes d'un transfert de compétences

²⁰⁶ À la différence de la Convention pénale du Conseil de l'Europe signée et ratifiée par la Biélorussie, pays non membre du Conseil de l'Europe, mais également signée par des « Etats observateurs » comme les États-Unis et le Mexique.

²⁰⁷ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997, en vigueur le 15 février 1999.

²⁰⁸ Convention pénale sur la corruption, signée le 27 janvier 1999, en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

²⁰⁹ Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, *JOCE* C 355 du 14 déc. 1994, pp. 2-3. Cette résolution intervient conformément à l'article K.3 §1 du traité sur l'Union européenne dans sa version postérieure au traité de Maastricht, les États devant s'informer et se consulter dans le cadre du Conseil de l'Union européenne.

en matière pénale vers l'Union européenne non maîtrisé. Les États membres ont donc initialement préféré à un texte global, une évolution progressive du cadre européen facilitant la négociation et le consensus, l'unanimité étant requise.

69. Toutefois, un tel choix n'a pas été sans conséquence puisqu'il devient difficile d'appréhender les obligations qui pèsent sur les États membres²¹⁰. La capacité des conventions de l'Union européenne à atteindre les objectifs fixés était, dès l'origine, très incertaine notamment en raison de l'outil juridique employé mais aussi du mécanisme de contrôle faible institué (Section III). De manière classique, la convention de Bruxelles fournit des définitions « modèles » des infractions et des sanctions, parfois trop vagues s'agissant des sanctions (Section I), suivies par des règles spécifiques de poursuite afin d'assurer le fonctionnement de l'instrument et la coordination entre les États membres (Section II).

SECTION I. Les définitions « modèles » des infractions et des sanctions

70. L'objectif de la convention de Bruxelles est de s'assurer que tous les auteurs d'actes de corruption impliquant un fonctionnaire communautaire ou le fonctionnaire d'un autre État membre ne bénéficient d'aucun vide juridique et puissent être pénalement sanctionnés. La convention précitée pose donc des incriminations modèles, non plus circonscrites à la protection d'un « budget fédéral », mais destinées à protéger l'espace de liberté, de sécurité et de justice (I).

Toutefois, au moment de l'adoption de la convention, les réticences étaient encore fortes dans un domaine traditionnellement ressenti comme « faisant partie du noyau dur de la souveraineté étatique »²¹¹. Aussi, une forte marge d'appréciation dans la transposition des stipulations relatives à l'imputabilité et à la sanction a été aménagée au profit des États membres et a abouti à la création de nouveaux standards (II).

²¹⁰ V. MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT (dir.), *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, Zurich, 2011, pp. 83 et s.

²¹¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Introduction générale », in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. V, éd. Société de législation comparée, Paris, 2003, p. 8.

I. L'incrimination de la corruption commise dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice

71. Extension modérée de l'incrimination. La principale évolution du traité de Bruxelles par rapport au premier protocole PIF, adopté seulement un an plus tôt, réside dans l'extension des incriminations à tous les actes des fonctionnaires communautaires et nationaux : la caractérisation d'un acte qui porte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes en contrepartie de l'avantage indu n'est plus exigée (B). Toutefois, la convention de Bruxelles reste circonscrite au fonctionnaire européen (communautaire et national, y compris des autres États membres) et n'a donc pas vocation à lutter contre la corruption transnationale de tous les agents publics étrangers ou membres d'une organisation internationale publique. La définition du fonctionnaire, à géométrie variable, fixe donc le champ d'application de la convention (A).

A. La définition à géométrie variable du fonctionnaire

72. Définition à géométrie variable du « fonctionnaire ». L'article premier de la convention de Bruxelles pose une définition générale du fonctionnaire qui englobe le « *fonctionnaire, tant communautaire que national, y compris tout fonctionnaire national d'un autre État membre* ». Cette définition ne se suffit pas à elle-même : elle se démembrer en deux autres notions, celle de fonctionnaire communautaire et celle de fonctionnaire national.

Alors que les autres conventions internationales consacrent une définition pénale large du fonctionnaire ou de l'agent public²¹², la convention de Bruxelles retient plusieurs définitions à géométrie variable, entravant l'harmonisation des législations. Si le fonctionnaire communautaire bénéficie d'une définition autonome (1), le fonctionnaire national fait l'objet d'un simple renvoi au droit positif des États membres (2).

²¹² Convention OCDE, art. 1, para. 4 ; Convention ONU, art. 2 ; Convention pénale sur la corruption, art. 1.

1. La définition autonome du « fonctionnaire communautaire »

73. Critères organiques et matériels. L'article premier, point b de la convention de Bruxelles donne une définition autonome du « *fonctionnaire communautaire* »²¹³ à travers plusieurs critères alternatifs. En premier lieu, un critère organique est posé : toute personne ayant la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes doit être considérée comme un fonctionnaire communautaire. En second lieu, un critère matériel relatif au contenu de la mission effectivement exercée : est ainsi visée toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les États membres ou par tout organisme public ou privé, qui exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes. Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles²¹⁴ précise que ce concept englobe notamment les experts nationaux mis à la disposition des Communautés. Une personne privée pourrait donc également être un « *fonctionnaire communautaire* »²¹⁵.

74. Assimilation des autres membres des organismes communautaires. Afin d'englober tout le personnel travaillant au sein de l'Union européenne, les « *membres des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et le personnel de ces organismes sont assimilés aux fonctionnaires communautaires* » lorsque leur statut ne relève pas du critère organique exposé ci-dessus. La définition du fonctionnaire communautaire inclut, par exemple, tout le personnel de la Banque centrale européenne ou celui de la Banque européenne d'investissement. Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles dresse ainsi une liste non limitative des organismes dont le personnel est chargé, au sens large, « *d'appliquer la législation communautaire déjà adoptée ou à adopter en vertu des traités communautaires* »²¹⁶.

²¹³ À la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, les « fonctionnaires des Communautés européennes » sont devenus « fonctionnaires de l'Union européenne ». La présente étude respectera la terminologie en fonction de la période considérée.

²¹⁴ Rapport explicatif du Conseil concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, approuvé le 3 décembre 1998, *JOCE* C 391 du 15 déc. 1998, pp. 1 et s.

²¹⁵ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives. – Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », in *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, mai 2014, para. 125.

²¹⁶ Rapport explicatif de la convention de Bruxelles, point 1.3.

2. Le renvoi au droit de l'État membre pour le « fonctionnaire national »

75. Définition du fonctionnaire national. L'expression de « *fonctionnaire national* » ne bénéficie pas d'une définition autonome. En effet, la définition retenue par le droit interne de l'État auquel le fonctionnaire est rattaché doit être examinée : « *l'expression "fonctionnaire national" est interprétée par référence à la définition de "fonctionnaire" ou "d'officier public" dans le droit national de l'État membre où la personne en question présente cette qualité, aux fins de l'application du droit pénal de cet État membre* ».

L'absence de définition autonome du fonctionnaire national affaiblit de manière importante la portée de la convention de Bruxelles. En effet, la notion recouvrira une réalité différente selon la législation considérée. En outre, le législateur peut à tout moment faire entrer ou sortir une catégorie de personnes de la définition précitée. À titre d'exemple, le législateur roumain a, dans une loi en date du 10 décembre 2013, décidé que les parlementaires et le Président de la République ne seraient plus assimilés à des fonctionnaires excluant *de facto* qu'ils puissent faire l'objet de poursuites pour corruption passive d'un agent public²¹⁷. En effet, en Roumanie, les incriminations des actes de corruption et de trafic d'influence en Roumanie remontent à des infractions dites « traditionnelles », c'est-à-dire à une époque où le régime communiste ne distinguait pas entre corruption dans le secteur public et privé²¹⁸. Il en résulte une définition particulièrement large du fonctionnaire (« *functionariul* »), plus proche de la notion d'agent public, aux articles 145 et 147 de l'ancien Code pénal (un nouveau code pénal est entré en vigueur le 1^{er} février 2014), qui inclut les membres des assemblées parlementaires²¹⁹. Le législateur s'est donc contenté de différencier les catégories de personne précitées des autres catégories de fonctionnaire pour les soustraire notamment aux poursuites des actes de corruption.

L'affaire susmentionnée permet d'illustrer les craintes qu'il est possible d'avoir vis-à-vis d'une définition non autonome du fonctionnaire national. La Commission européenne n'est pas restée neutre devant la nouvelle loi roumaine : elle a publiquement

²¹⁷ B. I. GUERITEE, « La "superimmunité" déclenche la colère des Roumains », *Courrier International* [En ligne], 16 décembre 2013, URL : <http://www.courrierinternational.com/revue-de-presse/2013/12/16/la-superimmunit-declenche-la-colere-des-roumains> ; Ambassade de France en Roumanie, *Revue des médias roumains du 11 décembre 2013*, n° 18530, URL : http://www.ambafrance-ro.org/IMG/pdf/RP-18530-11_12_13.pdf

²¹⁸ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Roumanie, 3^{ème} cycle, thème 1, 3 déc. 2010, p. 3.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 15.

rappelé qu'il est nécessaire que les lois en matière de corruption s'appliquent aux responsables politiques²²⁰. De même, à l'occasion de son premier rapport anticorruption en date du 3 février 2014²²¹, la Commission s'interroge sur les évolutions de la législation roumaine²²². Toutefois, il s'agit essentiellement d'une pression politique : d'un point de vue juridique, la Roumanie n'entraîne pas en conflit avec les obligations issues de la convention de Bruxelles, cette dernière n'imposant aucune définition. C'est finalement la Cour constitutionnelle roumaine qui, dans une décision en date du 15 janvier 2014, vient censurer la loi du 10 décembre 2013²²³.

Il n'apparaît cependant pas impossible de parvenir à une définition autonome du fonctionnaire puisque la convention OCDE a, au contraire, fait le choix d'une telle définition pour l'agent public²²⁴.

76. Exception. Toujours dans l'esprit de sauvegarder la souveraineté des États, l'article 1 *in fine* de la convention de Bruxelles crée une exception : « *lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de "fonctionnaire national" que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national* ». En d'autres termes, l'État poursuivant doit appliquer la définition de fonctionnaire national de l'État d'origine de la personne mise en cause, sous réserve que celle-ci soit compatible avec sa propre définition. Dans le cas contraire, l'État poursuivant retrouve sa liberté d'interprétation.

Cette disposition fait obstacle à tout rapprochement des législations des États membres sur la notion de fonctionnaire national. En effet, soit les personnes ne sont pas fonctionnaires au regard de leur droit national et n'entraîneront jamais le régime de la corruption, active ou passive, dans le secteur public : l'État poursuivant est alors soumis à l'aléa du droit positif étranger. La personne qui serait poursuivie pour l'une des infractions précitées pourrait d'ailleurs faire échec aux poursuites en rappelant la

²²⁰ « Roumanie : "jour noir" pour la lutte anticorruption », *Le Parisien* [En ligne], 11 déc. 2013, URL : <http://www.leparisien.fr/informations/roumanie-jour-noir-pour-la-lutte-anticorruption-11-12-2013-3399251.php>.

²²¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.

²²² Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 23 sur la Roumanie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 2.

²²³ Communiqué de presse de la Cour constitutionnelle roumaine, 15 janv. 2014, URL : <http://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-75>

²²⁴ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997, en vigueur le 15 février 1999.

méthodologie imposée par la convention de Bruxelles. Soit, au contraire, ces personnes sont fonctionnaires, mais n'auraient pas eu cette qualité dans l'État poursuivant : ce dernier pourrait alors relever l'incompatibilité.

Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles ne précise pas ce qu'il faut entendre par « incompatible ». On peut penser que les États membres ne souhaitent pas poursuivre certaines catégories d'agents publics étrangers qui ne bénéficient pas d'un régime dérogatoire dans leur pays. Le droit roumain retient ainsi une définition particulièrement large du fonctionnaire, qui inclut les personnes munies d'un mandat électif, ce qui est rarement le cas dans les autres pays de l'Union européenne²²⁵.

77. Accessibilité du droit étranger. Ce régime rend la tâche du juge particulièrement difficile puisque ce dernier devra à chaque fois se procurer la traduction du droit positif étranger pertinent pour savoir si la personne poursuivie doit ou non être considérée comme un fonctionnaire.

78. Principe d'assimilation. Enfin, l'article 4 de la convention de Bruxelles met en exergue les catégories de personnes qui ne sont pas comprises dans la définition de fonctionnaire.

Il pose en effet un principe d'assimilation : les qualifications des infractions de corruption active et passive commises par ou envers les ministres du gouvernement, les élus des assemblées parlementaires, les membres des plus hautes juridictions ou les membres de la Cour des comptes, d'un État membre, dans l'exercice de leurs fonctions sont applicables de la même façon lorsque les infractions sont commises par ou envers les membres de la Commission, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes, respectivement, dans l'exercice de leurs fonctions. En d'autres termes, un État membre devra, en matière de corruption, appliquer le même régime à ses ministres et aux membres de la Commission, aux membres des plus hautes juridictions et aux membres de la Cour de justice, etc.

Cet article apparaît comme un palliatif aux carences de l'article premier de la convention étudiée, mais l'article 4 n'atteint pas l'efficacité recherchée puisque les spécificités de chaque État membre sont maintenues. Tout dépend du champ d'application de la notion de fonctionnaire dans le droit national : « *si, par contre, on considère que les personnes exerçant les plus hautes fonctions publiques ne sont pas couvertes par la notion*

²²⁵ V. *supra*, n° 75.

de fonctionnaire, il y aura une inégalité de traitement, dans la mesure où les fonctionnaires ordinaires seront soumis seulement à l'incrimination commune, qui pourra être différente de celles des droits internes des États membres, tandis que les personnes exerçant les plus hautes fonctions publiques seraient soumises seulement à celles prévues par les droits internes pour les personnes de même niveau »²²⁶. L'ensemble du régime est d'ailleurs transposé puisque les paragraphes suivants de la convention de Bruxelles prévoient l'application des dispositions spéciales de procédure pénale et de détermination des juridictions compétentes.

Il existe une exception puisqu'il est possible de ne pas faire bénéficier les membres de la Commission européenne des éventuelles lois spéciales d'un État membre « *portant sur des actes ou omissions dont les ministres de son gouvernement doivent répondre en raison de la position politique particulière qu'ils occupent* ». Cela ne dispense pas les États d'assurer la responsabilité pénale des membres de la Commission par un nouveau texte.

Enfin, les États membres devront respecter les dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, des statuts de la Cour de Justice et des textes pris pour leur application en ce qui concerne la levée des immunités.

B. L'extension des incriminations au-delà de la protection des intérêts financiers des Communautés

79. Définitions modèles. Les articles 2 et 3 de la convention de Bruxelles définissent les éléments constitutifs des infractions de corruption passive et active. Les États membres ont l'obligation d'ériger les comportements visés en infractions pénales, mais il s'agit d'une définition modèle et chaque État reste libre de la formulation qu'il retiendra en droit interne. Cependant, les États membres ne peuvent pas prévoir d'élément constitutif supplémentaire : ils ne peuvent adopter qu'une définition plus large.

80. Complicité et instigation. Paradoxalement, la convention de Bruxelles prévoit seulement l'incrimination des actes de complicité et d'instigation à son article 5, relatif

²²⁶ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 310-312.

aux sanctions. Outre l'absence de définition commune de ces comportements²²⁷, ce choix apparaît critiquable dans la mesure où il s'agit d'infractions autonomes et de comportements distincts qui devraient figurer avec les dispositions relatives à la définition des infractions. Les nombreuses redondances de la convention complexifient l'articulation du cadre juridique.

81. Définition de la corruption passive. La corruption passive est définie comme « *le fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction* ».

82. Définition de la corruption active. Quant à la corruption active, elle est définie comme « *le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction* ».

83. Élément matériel de l'infraction. L'élément matériel de l'infraction de corruption passive est la sollicitation, la réception ou l'acceptation de la promesse d'un avantage de quelque nature que ce soit par un fonctionnaire. Les situations où le fonctionnaire prend l'initiative de solliciter un avantage sont ainsi intégralement couvertes. En ce qui concerne la corruption active, l'élément matériel est constitué par la promesse ou le don d'un avantage de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire.

Dans les deux cas, la nature de l'avantage ou le fait que le fonctionnaire en bénéficie directement ou non sont indifférents. De même, l'existence ou le moment de la remise effective de la chose ou de l'avantage promis sont indifférents. Si le paiement est différé, il doit seulement trouver son origine dans le pacte corrupteur.

84. Élément moral de l'infraction. L'élément moral de la corruption active et passive est mis en exergue : il doit s'agir d'un fait intentionnel. La personne doit donc

²²⁷ V. *infra* n° 90.

avoir conscience de commettre un acte interdit. Mais, en l'espèce, un dol spécial²²⁸ est également prévu c'est-à-dire que l'infraction ne sera constituée que si le but de l'acte est bien que le fonctionnaire accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction.

85. Il n'est plus exigé, comme dans le premier protocole PIF, que l'acte porte en outre atteinte ou soit susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes. La suppression de cette disposition a pour effet d'étendre le champ d'application de l'incrimination et constitue la principale évolution entre les deux conventions.

86. Violation des devoirs officiels. Les infractions de corruption sont ici limitées aux hypothèses où l'acte du fonctionnaire est accompli en « *violation des devoirs officiels* ». Aussi, les États membres ne sont pas tenus d'incriminer la situation où l'acte du fonctionnaire est parfaitement licite (le même acte aurait été effectué sans contrepartie) : « *En ce qui concerne la contrariété aux devoirs officiels, les rapports explicatifs considèrent les devoirs de la fonction comme étant les compétences que le fonctionnaire détient de la loi ou du règlement. Cette définition est importante pour déterminer les frontières de l'incrimination. La question est en particulier de savoir s'il y aura corruption dans le cas où un fonctionnaire agit dans le cadre de ses compétences, où son acte n'est pas entaché d'irrégularité substantielle – l'acte qui est pris est celui qui aurait été pris en l'absence de fait de corruption -, mais où il est accompagné d'une contrepartie. Dans ce cas, le devoir officiel qui est violé ne concerne pas l'acte de la fonction, ni donc la compétence du fonctionnaire, mais bien celui de ne pas accepter d'avantage en contrepartie de l'acte posé »²²⁹. En réalité, les États membres répriment, au moins au plan national, les deux situations (acte licite et illicite), même si certains États utilisent ce critère pour effectuer une gradation dans la gravité de l'infraction. Un tel emploi permet d'expliquer, d'une part, le fait qu'il ait survécu dans certains droits positifs malgré sa suppression dans la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe et, d'autre part, une certaine résistance vis-à-vis de sa suppression dans la future directive PIF*

²²⁸ W. JEANDIDIER, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, n° 39, 25 septembre 2002, pp. 1670 et s.

²²⁹ Nous soulignons. D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, p. 205.

puisque celle-ci pourrait les contraindre à réprimer plus sévèrement cette situation (acte licite)²³⁰.

II. Une marge d'appréciation importante dans l'imputabilité et la sanction des infractions de corruption

87. Après avoir défini son champ d'application (définition du fonctionnaire) ainsi que les comportements prohibés, la convention de Bruxelles ne consacre que deux articles succincts et généraux, d'une part, à la nature et au *quantum* de la sanction encourue par l'auteur de l'infraction (A) et, d'autre part, aux autres personnes susceptibles d'être tenues responsables de l'infraction de corruption active (B). Dans les deux cas, le silence de la convention de Bruxelles sur des stipulations qui peuvent être vues comme essentielles (définition de la complicité et de l'instigation, association de malfaiteurs, responsabilité des personnes morales) a contribué à affaiblir, au fil du temps, l'intérêt de celle-ci dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale.

A. La responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction

88. Si la convention de Bruxelles précise la nature pénale et les caractères de la sanction que doit encourir l'auteur personne physique d'une infraction de corruption, le recours à un standard juridique dans une Europe pénale en formation ne permet d'espérer qu'une faible harmonisation des législations répressives (2). De surcroît, l'extension de ces sanctions à d'autres comportements non définis, dans le cadre d'une approche qui n'est le fruit d'aucune réflexion systémique, ne peut avoir qu'une faible portée (1).

1. L'extension des sanctions pénales à d'autres comportements

89. Le premier paragraphe de l'article 5 prévoit l'incrimination de la complicité et de l'instigation des actes de corruption active et passive : la référence isolée à ces notions

²³⁰ La présente étude aborde de manière plus approfondie le critère de la « violation des devoirs officiels » dans le cadre de l'examen de la proposition de directive PIF. V. *infra*, n^{os} 330. -333.

rajoute au flou initial. En effet, ces dernières auraient mérité un traitement séparé puisqu'il s'agit de comportements prohibés distincts (a).

En outre, à l'image des autres conventions internationales, d'autres comportements comme l'association de malfaiteurs ou la tentative, situés en amont, auraient pu être appréhendés, mais sont entièrement ignorés par la convention de Bruxelles (b).

a. L'absence de définition de la complicité et de l'instigation

90. Obligation d'incrimination. D'une manière générale, la Commission²³¹ reconnaît qu'il n'est pas possible de rapprocher les peines applicables en fonction du degré de participation si ces deux éléments n'ont pas fait préalablement l'objet d'une harmonisation : les États doivent d'abord s'entendre sur la définition même des différents degrés de participation puis sur une harmonisation de la peine de l'auteur principal qui, dans certaines législations, sert de référentiel.

En l'espèce, aucune définition commune de ces notions n'est donnée, l'un des obstacles majeurs étant le critère de distinction entre l'auteur principal et le complice. Par exemple, certaines législations distinguent « *suivant que l'individu a voulu s'associer activement à la commission de l'infraction et eu l'intention d'être auteur (animo auctoris), ou au contraire n'a entendu que s'associer à l'infraction (animo socii) et y contribuer, sans y jouer un rôle actif* », à la différence du droit français qui retient une conception objective du complice²³².

Sur ces enjeux, les textes de l'Union européenne ne diffèrent pas des autres traités internationaux²³³. Par exemple, l'article 27§1 de la Convention de Mérida vise la participation « *à quelque titre que ce soit, par exemple comme complice, autre assistance ou instigateur* ». Mais ces conventions bénéficient d'un suivi, voire d'un mécanisme de pression par les pairs, qui n'a pas été mis en œuvre dans le cadre de l'Union européenne²³⁴.

91. Instigation non suivie d'effet. Les enjeux liés à la notion d'instigation sont moins évidents. En l'absence d'indication particulière dans le rapport explicatif du premier protocole PIF ou de la convention de Bruxelles, un indice dans le commentaire relatif à la

²³¹ *Ibid.*, point 4.1.1.3.

²³² B. BOULOC, *Droit pénal général*, coll. Précis Droit privé, 23^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 296.

²³³ Convention OCDE, art. 1§2 ; convention ONU, art. 27 ; convention pénale du Conseil de l'Europe, art. 15.

²³⁴ V. *infra*, n^{os} 666. et s.

Convention OCDE quant à l'intérêt de laisser une marge d'appréciation peut être relevé : « *si, dans le droit national d'une Partie, l'autorisation, l'instigation ou l'une des autres conduites énumérées dans cette disposition n'est pas punissable lorsqu'elle n'est pas suivie d'effets, cette Partie n'a pas l'obligation d'incriminer cette conduite au titre de la corruption d'un agent public étranger* »²³⁵. Il est effectivement possible de s'interroger sur l'opportunité d'incriminer l'instigation non suivie d'effet d'un acte de corruption mais, en pratique, la très grande majorité des États membres de l'Union européenne exige que l'instigation soit suivie d'effet : il n'existe donc pas de réelle disparité.

92. Marge de transposition. En définitive, les cultures et les pratiques restent très hétérogènes : certains droits prévoient, par exemple, des peines moins sévères selon le degré de participation. Il n'est donc pas fait obligation aux États de prévoir des peines équivalentes pour les délits de corruption et les actes de complicité ou d'instigation. Les États sont libres d'interpréter ces dispositions par référence à leur droit national.

b. L'absence d'incrimination de l'association de malfaiteurs et de la tentative

93. Intérêt juridique. De manière moins évidente, deux notions pourtant essentielles sont absentes des conventions étudiées, alors que la plupart des autres traités internationaux relatifs à la lutte contre la corruption les mentionnent²³⁶. Compte tenu de la volonté de réprimer le comportement délictueux le plus en amont possible en incriminant la corruption dès l'offre ou la promesse, il peut apparaître singulier que ni l'association de malfaiteurs ni la tentative ne soient abordées. Or, non seulement ces notions peuvent en pratique conserver un intérêt, mais une harmonisation sur ces points aurait permis de clarifier des situations dont la qualification juridique est parfois incertaine.

94. Association de malfaiteurs. En premier lieu, les conventions étudiées ne prévoient aucune disposition sur l'incrimination des comportements au stade de l'entente. Or, appréhender le comportement à ce stade permettrait d'empêcher la réalisation de l'infraction ou de ne pas laisser impuni celui qui avait un tel projet, ce dernier ne s'étant

²³⁵ Conférence de négociations de la convention de l'OCDE, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés le 21 novembre 1997, point 11.

²³⁶ Convention OCDE, article 1§2 ; convention ONU, article 27.

pas réalisé à cause d'un intermédiaire, mais également de donner une base légale pour l'ouverture d'une enquête en amont, ce qui n'est pas négligeable s'agissant d'une infraction où il est particulièrement difficile de rassembler des éléments de preuve et où il n'est pas rare qu'une personne ait recours à un tiers pour la réalisation de l'offre, de la promesse ou de la remise d'un avantage.

L'article 27§3 de la convention de Mérida incite donc les États à incriminer dès le stade de la préparation et l'article 1§2 de la convention OCDE vise l'incrimination de la *conspiracy*.

Il semble pourtant exister un juste milieu entre la formulation générale de la Convention de Mérida et la référence expresse à la *conspiracy*, celle-ci étant une infraction spécifique du droit anglais. La version française de la convention OCDE traduit d'ailleurs le terme de *conspiracy* par le « complot ». Or, si le complot suit une logique proche, permettant de « sanctionner des activités qui sont révélatrices d'un projet criminel dans le but d'éviter sa réalisation »²³⁷, il s'agit d'une infraction qui doit porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation. Elle est considérée comme un crime politique²³⁸ et n'est réprimée que dans de rares cas, notamment dans l'hypothèse d'un attentat²³⁹. Cette infraction n'est donc pas adaptée à l'hypothèse de la corruption, analyse qui peut s'étendre au droit positif de plusieurs pays de l'Union européenne²⁴⁰.

Dès lors, il aurait été possible de recourir à d'autres notions, dont les conditions de mise en œuvre sont plus exigeantes que la *conspiracy* de droit anglais²⁴¹, mais qui poursuivent toujours le but d'incriminer de manière autonome une entente criminelle. Ainsi, le droit français connaît l'infraction d'association de malfaiteurs qui trouve à s'appliquer dans toutes les hypothèses de corruption nationale et transnationale. L'article 450-1 du code pénal français dispose que « constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au

²³⁷ A. COLLET, « Complot », *Rép. pénal*, 2001, point 27.

²³⁸ B. BOULOC, *op. cit.*, p. 295.

²³⁹ Code pénal, art. 412-2.

²⁴⁰ Les pays suivants ont notamment une position proche du droit français : l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, l'Espagne et la Grèce.

²⁴¹ S. MANACORDA, « Le droit pénal et l'Union européenne – esquisse d'un système », *RSC*, 2000, pp. 95 et s. ; J. R. SPENCER, N. PADFIELD, « L'intégration des droits européens en droit britannique », *RSC*, 2006, pp. 537 et s.

moins cinq ans d'emprisonnement». D'autres droits, comme le droit hellénique, connaissent depuis longtemps des infractions autonomes similaires²⁴².

95. Tentative. En second lieu, il est possible de souligner que non seulement la phase de l'entente est ignorée, mais également celle de la tentative, situation délicate à caractériser en matière de corruption. En effet, la corruption active et passive sont des infractions dites formelles, et sont entièrement consommées dès le stade de l'offre ou de la promesse, nonobstant le fait que celle-ci ne soit pas tenue ou accomplie. Les rapports explicatifs des conventions étudiées mettent en exergue le caractère volontaire de l'omission. Une législation qui continuerait de se référer uniquement à la rencontre des volontés, c'est-à-dire au pacte corrupteur, et placerait l'offre et la promesse dans la tentative ne serait pas conforme à ses engagements internationaux²⁴³.

96. Exemple théorique d'une tentative de corruption. Pourtant, certains traités²⁴⁴, qui reconnaissent la dissociation entre corruption active et passive, continuent de mentionner la notion de tentative. Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles comporte également une légère évolution par rapport à celui du premier protocole PIF en prévoyant qu'il est loisible aux États qui le souhaitent de sanctionner la tentative, donc d'aller au-delà de la Convention comme le permet explicitement l'article 11 de la convention de Bruxelles.

En réalité, une situation est toujours susceptible d'entraîner des difficultés. Certains États estiment en effet qu'il n'est pas possible de qualifier une offre ou une promesse dans l'hypothèse où le destinataire de celle-ci n'en a pas eu connaissance. C'est par exemple le cas d'un courrier qui contient une offre de pot-de-vin, qui est expédié, mais qui n'atteint jamais son destinataire. D'autres États, au contraire, estiment que cette situation serait couverte par l'offre, mais ne fournissent aucune jurisprudence permettant de confirmer cette interprétation.

La situation peut paraître théorique, mais de nombreux droits exigent un texte spécial pour réprimer la tentative d'un délit. Dès lors, un même fait pourrait être incriminé dans un État et non dans l'autre ou pourrait recevoir une qualification différente. L'omission volontaire de la notion de tentative, sans tenir compte des divergences d'appréciation, ne contribue donc pas à favoriser la coopération judiciaire des États membres.

²⁴² Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Grèce, phase 1, juill. 1999, p. 6.

²⁴³ V. *infra*, n° 554.

²⁴⁴ Convention OCDE, art. 1 ; convention ONU, art. 27.

2. Le recours à un nouveau standard en matière de sanction

97. Principe de subsidiarité. La définition des sanctions relatives aux infractions de corruption active et passive, rédigée en termes identiques à l'article 5 du premier protocole PIF et de la Convention de Bruxelles, revêt une formulation particulièrement approximative. Aussi, avant d'entrer dans une analyse détaillée du standard juridique retenu (b), il convient de rappeler que les États membres ont la tâche difficile de réaliser un équilibre délicat : ils doivent s'assurer non seulement de la réussite des objectifs initialement fixés, mais aussi du respect du principe de subsidiarité²⁴⁵ dans un domaine sensible sur le plan de la souveraineté étatique. L'étude des sanctions par le prisme des conventions relatives à la lutte contre la corruption confirme l'impossibilité de parvenir à un tel équilibre dans le cadre du traité de Maastricht (a). Dans le traité d'Amsterdam, les États membres ont finalement adopté quelques innovations permettant une définition plus précise des sanctions en matière pénale. Mais les infractions de corruption dans le secteur public n'ont jamais pu en bénéficier faute de réforme.

a. Une harmonisation limitée dans le cadre du 3^{ème} pilier

98. L'harmonisation des sanctions pénales dans l'UE. C'est en réalité dans un cadre plus général, qui ne se rapporte à aucune infraction particulière, que le débat sur l'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne a été engagé. Dans le prolongement des objectifs fixés par le Conseil européen de Tampere en 1999, le Conseil Justice, Affaires Intérieures et Protection civile a publié la première synthèse officielle²⁴⁶ des différents apports sur le sujet. Celle-ci peut d'ailleurs être considérée comme fixant un certain nombre de lignes directrices²⁴⁷. Le Conseil remarque que les instruments adoptés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, dont fait partie la convention

²⁴⁵ Il ressort de l'article B du traité de Maastricht que le principe de subsidiarité s'applique également au troisième pilier ; v. TCE (Maastricht), art. 3B : « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Le respect de ce principe peut notamment se retrouver dans le préambule des conventions étudiées.

²⁴⁶ Communiqué de presse du Conseil JAI, 7991/02, 25 et 26 avril 2002.

²⁴⁷ A. BARLETTA, « Mutual recognition and harmonisation of sanctions. In search of logics in functions of approximation », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (dir.), *L'intégration pénale indirecte: interactions en droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. X, éd. Société de Législation comparée, Paris, 2005, p. 115.

étudiée, « *visaient principalement à arrêter les éléments constitutifs minimaux de certaines infractions pénales et à garantir une base appropriée pour la coopération judiciaire entre les États membres à propos de ces infractions* ». La faible portée de l'article 5 susmentionné est donc symptomatique des textes adoptés dans le cadre du troisième pilier.

99. Livre vert de la Commission européenne. La nécessité d'opérer un rapprochement des sanctions pénales a également été mise en exergue par un livre vert²⁴⁸ de la Commission européenne²⁴⁹, document exhaustif s'appuyant sur une œuvre doctrinale importante²⁵⁰. À travers celui-ci, la Commission européenne s'interroge sur « *la question de savoir si l'existence de divergences importantes entre les systèmes des États membres en matière de sanctions pénales, peut constituer un obstacle à la réalisation de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice »* »²⁵¹.

En premier lieu, le livre vert exclut toute idée d'unification. Les divergences de législations résultent en effet d'influences historiques, culturelles et juridiques multiples : la cohérence propre à chaque droit national serait remise en cause par une unification qui, par définition, ne tient pas compte de l'échelle de valeurs propre à chaque État.

En second lieu, le livre vert rappelle que la sévérité effective d'une sanction dépend aussi des peines prononcées et des modalités d'application de celles-ci. Il faudrait agir sur chacun de ces facteurs pour assurer un espace européen de protection uniforme : il y a une insuffisance objective et intrinsèque dans l'élaboration d'un article unique définissant les sanctions d'une infraction donnée. Mais la Commission exclut également une harmonisation renforcée systématique des sanctions : il est nécessaire d'identifier des domaines privilégiés.

²⁴⁸ Le livre vert est, en principe, utilisé par la Commission européenne pour initier un débat sur une thématique précise à l'échelle européenne. En l'espèce, il annonce dès le départ que « le présent document constitue un effort de réflexion préalable qui devrait permettre, en un second temps, de se prononcer de façon plus éclairée, [...], sur l'utilité et la faisabilité d'une proposition législative [...] ».

²⁴⁹ Livre vert de la Commission européenne, Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final.

²⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. V, éd. Société de législation comparée, Paris, 2003.

²⁵¹ Communication de M. Hubert Haenel lors de l'examen, au Sénat, dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, du Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 7 juill. 2004, URL : <https://www.senat.fr/ue/pac/E2587.html>

L'harmonisation progressive, ou le rapprochement des législations²⁵², doit donc être privilégié à une unification restreinte, y compris en matière de corruption : il faut d'emblée exclure l'idée qu'une sanction unique aurait permis d'atteindre plus efficacement les objectifs fixés.

100. Nécessité d'un contrôle *a posteriori*. Cependant, même si une marge nationale d'appréciation doit être sauvegardée, elle n'a de sens que si elle s'appuie sur un contrôle *a posteriori*, de préférence juridictionnel²⁵³. Or, ce contrôle ne semble pas avoir été assuré dans le cadre de la convention étudiée²⁵⁴.

En effet, une évolution notable des législations devrait pouvoir être observée puisque la convention étudiée a été transposée par l'écrasante majorité des États membres²⁵⁵. Pourtant, s'agissant des États ayant adhéré depuis 2004, de nombreuses causes d'exonération de responsabilité ont été maintenues et constituent un obstacle important à l'adoption de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Or, ces législations n'ont fait l'objet d'aucune remise en cause directe dans le cadre de l'Union européenne surtout que les travaux de la Commission ont longtemps exclu ces pays.

101. Enjeux. Le rapprochement du régime des sanctions constitue donc un premier pas essentiel afin d'instaurer une confiance mutuelle, en laissant notamment espérer une meilleure coopération judiciaire et une plus grande reconnaissance des jugements étrangers, à l'exemple du modèle de coopération existant entre les États nordiques²⁵⁶. Ainsi, l'examen de la convention de Bruxelles doit permettre de déterminer si une harmonisation suffisante a eu lieu ou si la corruption est un domaine qui pourrait

²⁵² V. à ce propos R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne », in M. WAELBROECK (dir.), *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. U.L.B., coll. Bibliothèque de l'institut d'études européennes - Thèses et travaux juridiques, Bruxelles, 1976, pp. 1 et s.

²⁵³ La Professeure Delmas-Marty remarque que : « par définition une "marge" introduit en effet une indétermination, mais elle préserve la possibilité d'une mesure commune des écarts, donc celle d'une norme commune. [...] Pour éviter un usage arbitraire de la marge nationale et réduire l'indétermination, le juge devra construire un raisonnement, donc y mettre un peu de raison, en spécifiant et pondérant les critères au vu des intérêts en jeu ». V. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Tome 1 - *Le Relatif et l'Universel*, coll. La couleur des idées, éd. Seuil, Paris, 2004, pp. 16 et s.

²⁵⁴ V. *infra*, n^{os} 192. et s.

²⁵⁵ Au 1^{er} février 2016, Malte est le seul État membre qui n'a toujours pas signé la convention de Bruxelles.

²⁵⁶ Livre vert de la Commission européenne, Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, point 3.2.1.4.

bénéficiaire d'une définition plus précise des sanctions en allant au-delà des standards fixés par les autres traités internationaux.

b. Des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives

102. Nature pénale de la sanction. L'article 5§1 de la convention de Bruxelles stipule que les comportements prohibés doivent être « *passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition* ». La nature pénale de l'infraction est donc affirmée sans équivoque, excluant les sanctions de nature administrative.

103. Caractère effectif, proportionné et dissuasif de la sanction. Les États ayant des pratiques très divergentes en matière de sanctions, l'efficacité de la formulation est remise en cause du fait d'une trop grande marge d'appréciation laissée aux États. L'expression est directement inspirée de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire dite des « *maïs grecs* » : les États membres « *doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national, d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* »²⁵⁷. En l'espèce, le juge communautaire dégage, à partir du principe de coopération loyale²⁵⁸, une obligation générale de prévoir et d'appliquer des sanctions lorsque cela est nécessaire pour garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. Le principe de coopération loyale s'étendant aux instruments du troisième pilier²⁵⁹, le choix d'une telle formulation, à défaut de prévoir des sanctions précises, n'est donc pas surprenant.

²⁵⁷ CJCE, 21 septembre 1989, Commission contre République hellénique, aff. C-68/88 (ECLI:EU:C:1989:339), Rec. 1989, p. 2965, point 24.

²⁵⁸ TCE (Maastricht), art. 5 : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

²⁵⁹ CJCE, Gde Ch., 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03 (ECLI:EU:C:2005:386), Rec. 2005, p. 5285, point 42.

104. Nature pénale des sanctions. La convention de Bruxelles précise la nature pénale des sanctions, ce qui n'est pas nouveau pour un instrument du troisième pilier²⁶⁰. Toutefois, une lecture attentive de l'article 5 montre qu'à travers le critère de gravité, toutes les méthodes alors admises pour la définition des sanctions à l'égard des personnes physiques sont employées²⁶¹. Ainsi, les signataires ont l'obligation, pour les cas les plus graves, de prévoir des peines d'emprisonnement. Dans l'hypothèse d'une telle infraction, les conventions étudiées donnent également un critère quantitatif implicite : il est nécessaire que le *quantum* de la peine permette l'application des règles d'extradition.

105. Absence de transfert de compétence pour incriminer. À défaut de transfert explicite de compétence dans le titre VI du traité sur l'Union européenne, aucune disposition plus précise n'est alors envisageable, même si la doctrine a pu estimer *a posteriori* que « *la législation en matière pénale semble devenir [...] objet d'une compétence partagée. [...] Un tel constat, plus que se fonder sur une attribution explicite de pouvoirs découlant des traités, est le résultat de l'évolution normative et, même avant, d'une coïncidence d'intérêts et donc d'objets de la réglementation, entre le droit de l'Union européenne et le droit pénal – stricto sensu entendu – national* »²⁶². Ce n'est qu'en faisant évoluer le traité constitutif que les États pourront fixer, dans certaines hypothèses, le minimum du maximum de la peine. En tout état de cause, l'objectif n'est pas d'unifier, mais d'harmoniser le montant ou la durée de la peine.

106. Marge d'appréciation des États membres. Si le pouvoir de punir n'est pas transféré, il existe des atteintes importantes au monopole du législateur national qui, pour un comportement prohibé défini, a l'obligation d'adopter des sanctions pénales y compris des peines privatives de liberté. Dès lors, une certaine marge d'appréciation a nécessairement dû être préservée : les États ont ici la possibilité de définir entièrement le critère de gravité, la sévérité des sanctions (sauf dans les cas les plus graves) ainsi que le

²⁶⁰ Action commune JAI/98/733 du 21 décembre 1998 adoptée sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, art. 2, alinéa 1.

²⁶¹ A. BARLETTA, « Mutual recognition and harmonisation of sanctions. In search of logics in functions of approximation », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (dir.), *L'intégration pénale indirecte: interactions en droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. X, éd. Société de Législation comparée, Paris, 2005, p. 113 et s.

²⁶² S. MANACORDA, « Le droit pénal et l'Union européenne – esquisse d'un système », *RSC*, 2000, pp. 95 et s.

caractère alternatif ou cumulatif des sanctions pécuniaires et des peines d'emprisonnement.

107. Cumul des sanctions. Par ailleurs, de manière facultative, l'article 5 paragraphe 2 autorise les États membres à cumuler les sanctions pénales avec les sanctions disciplinaires : il s'agit uniquement de préserver le droit positif des États membres qui le prévoient déjà. En outre, les juridictions nationales pourront tenir compte de cette sanction disciplinaire lors du prononcé d'une sanction pénale. La mise en œuvre de ce principe de proportionnalité reste également à la discrétion des juges en fonction des dispositions du droit interne.

108. Échec de l'harmonisation. Plus de dix-huit ans après la signature du premier protocole PIF, le bilan de la mise en œuvre des conventions étudiées semble confirmer l'inefficacité de l'article 5§1 susmentionné, tant dans la transposition des obligations qui incombent aux États que dans l'application effective de sanctions²⁶³.

L'échec de l'harmonisation des sanctions par le biais de l'Union européenne tient en premier lieu à l'absence de critère quantitatif suffisamment précis. La référence aux accords d'extradition est en réalité inefficace puisque les principaux instruments internationaux en la matière²⁶⁴ exigent seulement une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an. Or, tous les groupes de travail en matière de corruption transnationale ont estimé jusqu'à présent que les peines d'emprisonnement aussi faibles n'étaient pas suffisamment dissuasives.

En outre, en l'absence de référentiel commun, les pays qui prévoyaient des sanctions très faibles pour les cas de corruption d'un fonctionnaire national n'ont pas pu satisfaire à l'obligation d'adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives par la mise en œuvre du principe d'assimilation.

109. Suivi de l'harmonisation des sanctions. Enfin, le défaut majeur tient certainement dans l'exclusion de toute appréciation postérieure des lois de transposition et des peines effectivement prononcées et exécutées.

²⁶³ V. *infra*, n^{os} 334. et s.

²⁶⁴ Convention européenne d'extradition, signée le 13 décembre 1957, art. 2§1. Solution identique dans la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 2§1.

En effet, les autres traités internationaux ont souvent emprunté une formulation identique²⁶⁵. Mais les mécanismes d'examen mis en place dans ces accords, parfois avec un système de pression par les pairs, a été l'occasion d'une appréciation casuistique *a posteriori* et d'une réflexion sur la nature et la sévérité des sanctions, suivie de diverses recommandations. Ce sont ces rapports qui constituent aujourd'hui la source la plus fiable quant aux efforts effectivement accomplis par chacun des États y compris par les États membres de l'Union européenne. Ils ont mis en exergue un niveau de sanctions souvent insuffisant, y compris après la ratification des engagements pris dans le cadre de l'Union européenne²⁶⁶.

Plusieurs options s'adossant aux institutions de l'Union européenne étaient pourtant envisageables : soit, à l'image des traités classiques, un suivi des évolutions *in concreto* par un organe *ad hoc* voire par la Commission européenne²⁶⁷, soit un contrôle juridictionnel par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Or, pendant longtemps, aucun mécanisme de suivi n'a été mis en œuvre. L'article 12 de la convention de Bruxelles réduit considérablement les recours à la CJUE, même si formellement une saisine reste envisageable dans l'hypothèse où un État membre n'a pas prévu de peine suffisamment lourde pour permettre une extradition²⁶⁸.

En outre, l'adhésion de nouveaux pays depuis le début des années 2000 a amplifié la nécessité d'une appréciation *a posteriori*. En effet, si ces pays ont parfois adopté de nouvelles lois afin de combler leur retard, ils connaissent de nombreuses causes d'exonération applicables aux cas de corruption qui continuent de paralyser l'application de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Un contrôle par le biais de la Cour de Justice aurait éventuellement permis une harmonisation sur ces points, sans être subordonné à la conclusion d'un nouveau traité ou à l'adoption d'une directive.

Avec la publication d'un premier rapport en février 2014, la Commission européenne semble avoir privilégié une autre voie afin d'amplifier la lutte contre la corruption au sein de l'Union européenne, même si ce mécanisme connaît encore des limites préjudiciables²⁶⁹.

²⁶⁵ La traduction officielle française de la Convention OCDE parle d'une sanction « efficace » et non « effective », mais il s'agit d'une divergence de traduction, la version anglaise parlant indifféremment dans les deux cas d'une sanction « *effective* ».

²⁶⁶ V. *infra*, n^{os} 574. et s.

²⁶⁷ V. *infra*, n^o 666.

²⁶⁸ V. *infra*, n^{os} 192. et s.

²⁶⁹ V. *infra*, n^o 701. et s.

110. Proposition de directive PIF. Tenant compte de l'évolution des traités constitutifs, la Commission européenne a cherché à rationaliser la lutte contre la fraude aux intérêts financiers et, dans ce cadre, la lutte contre la corruption²⁷⁰. Toutefois, les évolutions proposées restent limitées à la protection des intérêts financiers²⁷¹. Aussi, les propositions de la Commission interviennent trop tardivement et dans le mauvais cadre pour avoir un véritable effet sur la sanction des actes de corruption.

B. L'imputation de l'infraction de corruption à d'autres responsables

111. La convention de Bruxelles, adoptée un mois avant le second protocole PIF, ne prévoit aucune responsabilité des personnes morales pour les actes de corruption active. Aussi, depuis 1997, l'obligation d'introduire une telle responsabilité en droit interne reste circonscrite à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2). À défaut, la convention de Bruxelles maintient le principe d'une responsabilité pénale du chef d'entreprise qui n'a aujourd'hui qu'une faible portée (1).

1. La responsabilité pénale du chef d'entreprise en cas de corruption active commise par un salarié

112. La convention de Bruxelles prévoit, comme l'article 7§1 du premier protocole PIF, une responsabilité pénale du chef d'entreprise, ou de toute personne ayant un pouvoir de décision ou de contrôle, lorsqu'une personne soumise à leur autorité a commis un acte de corruption pour le compte de l'entreprise. Toutefois, le fondement de la responsabilité du chef d'entreprise est laissé à la libre appréciation des États membres et seul un consensus sur le plus faible dénominateur commun a pu être trouvé (a). En outre, cette

²⁷⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 juill. 2012, COM(2012) 363 final.

²⁷¹ V. *infra*, n^{os} 293.

stipulation semble vouée à disparaître pour être progressivement remplacée par la responsabilité des personnes morales (b).

a. Une harmonisation minimale des conditions d'engagement de la responsabilité

113. Imputation de l'infraction au chef d'entreprise. L'article 6 de la convention de Bruxelles impose aux signataires de prévoir la responsabilité pénale du chef d'entreprise dans l'hypothèse où une personne placée sous son autorité commet un acte de corruption active pour le compte de l'entreprise : *« chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre que les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise puissent être déclarés pénalement responsables selon les principes définis par son droit interne, en cas d'acte de corruption tels que visés à l'article 3, commis par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise »*. Par conséquent, la responsabilité pénale du chef d'entreprise peut être engagée même si ce dernier n'a pas commis l'infraction, ni incité ou aidé à la réalisation de celle-ci.

114. Pouvoir de direction. La prévention des infractions de corruption est considérée comme entrant dans le cadre du pouvoir de direction du dirigeant. En cas de réalisation du risque, ce dernier serait alors négligent dans l'accomplissement des contrôles et des diligences en amont : il s'agit de *« faire en sorte que les chefs d'entreprise ou d'autres personnes exerçant légalement ou effectivement le pouvoir au sein d'une entreprise ne seront pas automatiquement exonérés de toute responsabilité pénale en cas d'actes de corruption commis par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise »*²⁷².

115. Comblent l'absence de responsabilité des personnes morales. Indirectement, cette disposition aurait pu avoir pour effet d'inciter les chefs d'entreprise à se prémunir du risque pénal en se ménageant la preuve de la mise en œuvre des diligences nécessaires et ainsi démontrer leur absence de faute. Toutefois, de nombreux éléments, tant intrinsèques qu'extérieurs au texte, laissent penser que les États membres ont davantage cherché à combler l'absence de disposition relative à la responsabilité des personnes

²⁷² Rapport explicatif de la convention de Bruxelles, point 6.1.

morales qu'à harmoniser la matière. Les compromis réalisés pour respecter le droit positif de chaque État membre semblent avoir privé le texte de toute portée.

Ainsi, concernant la formulation de l'article 6, il était, *prima facie*, cohérent de maintenir celle-ci puisqu'elle figurait déjà dans des termes proches dans la convention PIF et dans son premier protocole. En effet, l'article 3 de la convention PIF a été adopté à la suite des recommandations formulées par le *Corpus Juris* dont l'étude comparative avait souligné l'extrême diversité des régimes juridiques européens en la matière²⁷³. Toutefois, l'écart entre la formulation proposée par la doctrine et celle finalement retenue dans les conventions du troisième pilier apparaît critiquable en ce qu'elle fait obstacle à toute harmonisation effective.

En premier lieu, les États membres ont laissé une marge d'appréciation très importante pour la transposition de leur engagement. Ainsi, le rapport explicatif estime que les signataires pourront satisfaire à leur obligation soit en posant une obligation de surveillance ou de contrôle sur le chef d'entreprise et en créant une infraction distincte de la corruption soit en retenant la faute de négligence ou d'incompétence soit en créant une responsabilité pénale objective.

En deuxième lieu, la référence aux « *principes définis* » par le droit interne de chaque État vide de sa force obligatoire la disposition. Chaque signataire est susceptible de s'abriter derrière ses propres principes, et derrière l'interprétation des juges nationaux, pour faire obstacle à toute réforme.

En troisième lieu, l'article ne précise pas l'effet d'une délégation effective de pouvoir sur la responsabilité du dirigeant. Chaque État membre conserve la liberté d'adopter une solution propre. Or, une nouvelle fois, le droit positif des États membres varie : certains États reconnaissent l'effet exonératoire de la délégation effective, mais d'autres nient tout effet à cette dernière.

Dès l'adoption de la convention PIF, un auteur a pu mettre en exergue le fait que « cette formulation risque d'avoir pour conséquence, au lieu d'un effet d'harmonisation, un simple effet d'assimilation, ce qui laisserait impunis les chefs et décideurs qui en cas d'infraction contre des intérêts purement nationaux ne sont pas pénalement responsables. Une autre interprétation possible veut que l'art. 3, en donnant la possibilité de prévoir la responsabilité pénale des personnes mentionnées, éviterait surtout de les soustraire à cette

²⁷³ Étude de la Commission européenne, *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les états membres des Communautés européennes*, vol. II, Luxembourg, 1994.

responsabilité dans le droit interne, par exemple par voie de délégation complète de la responsabilité. Les deux interprétations sont contraires à l'esprit d'harmonisation qui régit la Convention »²⁷⁴. Aussi, l'insertion d'un article dans la convention de Bruxelles conservant l'ensemble des défauts relevés par les experts démontre la difficulté de parvenir à un consensus en la matière.

b. Un abandon progressif de la responsabilité pénale du chef d'entreprise

116. Outre la portée et la force obligatoire faibles de la disposition étudiée, plusieurs éléments extérieurs à la convention laissent également penser que certains États souhaitaient privilégier la responsabilité des personnes morales. En effet, cette dernière permet d'atteindre le même objectif et n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques.

Tout d'abord, l'acte du Conseil établissant le deuxième protocole à la convention PIF, publié au Journal Officiel de l'Union européenne un mois après l'adoption de la convention de Bruxelles, contient un article similaire, mais qui impute la responsabilité à la personne morale²⁷⁵. Toutefois, à la différence de la convention de Bruxelles, le deuxième protocole PIF est limité aux actes de corruption qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne. Par ailleurs, la nature de la responsabilité (administrative ou pénale) n'est pas précisée.

De plus, les autres traités relatifs à la lutte contre la corruption adoptent tous une solution identique au deuxième protocole PIF et restent silencieux sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Les articles 5 et 6 de la décision-cadre du 22 juillet 2003 ne font d'ailleurs pas exception²⁷⁶.

Enfin, les États membres n'ont pas été enclins à participer à l'évaluation de la mise en œuvre du texte dans leur droit interne. Aucun rapport émis par le groupe de travail de l'OCDE ou par le GRECO n'aborde le sujet. La responsabilité des dirigeants n'est pas non plus abordée dans le premier rapport anticorruption de la Commission européenne

²⁷⁴ M. DELMAS-MARTY (dir.), Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, éd. Economica, Paris, 1997, pp. 33 et s.

²⁷⁵ Deuxième protocole PIF, art. 3 et 4.

²⁷⁶ V. *infra*, n^{os} 253. et s.

publié en février 2014²⁷⁷. Seuls les rapports de 2004²⁷⁸ et 2008²⁷⁹ relatifs à la mise en œuvre de la convention PIF et de ses protocoles apportent indirectement des précisions. Or, d'une manière générale, comme le laissait craindre la référence aux « *principes définis* » par « *le droit interne* »²⁸⁰, les États membres estiment que leur législation est déjà conforme aux exigences de la convention PIF. Si certains États membres semblent être en conformité, la Commission ne semble pas convaincue par les arguments avancés qui ne sont, pour la plupart, étayés ni par des textes à valeur législative ni par la jurisprudence. Par ailleurs, certains États ayant adhéré à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004 et ayant ratifié la convention PIF et ses protocoles avaient, au moment de l'évaluation effectuée par la Commission, un régime qui visait la fraude mais qui ne couvrait pas les cas de corruption et de blanchiment²⁸¹. La Commission se résout donc à évaluer la mise en œuvre des dispositions relatives à la responsabilité des chefs d'entreprise par la seule donnée objective disponible, l'absence de toute réforme législative laissant présumer qu'aucune harmonisation des législations n'est intervenue : « *la Commission observe que la plupart des États membres ne montrent aucune intention d'examiner attentivement la question de la responsabilité pénale des chefs d'entreprise dans leur système national. Le champ d'application de cette notion reste donc flou en Belgique, au Danemark, en Irlande, en France, en Italie, au Luxembourg, en Autriche, en Slovénie et en Suède, où les règles générales concernant la participation sont prises comme argument pour expliquer qu'il n'est pas besoin de dispositions spécifiques* »²⁸².

117. La portée de l'article 6 reste donc très limitée en pratique. La disposition ne permet pas de combler l'absence de responsabilité des personnes morales et le rapport explicatif consacre un paragraphe sur cette omission : « *la convention n'aborde cependant*

²⁷⁷ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.

²⁷⁸ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final, p. 6.

²⁷⁹ Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, p. 4.

²⁸⁰ V. *supra*, n° 113.

²⁸¹ Commission staff working paper, Annex to the second report from the Commission - Implementation of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests and its protocols - Article 10 of the Convention, 14 févr. 2008, COM (2008) 77 final, p. 47.

²⁸² Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, p. 4.

pas directement le problème [...] mais il ne faut pas oublier que l'article 3 du deuxième protocole [...] impose aux États membres de prévoir diverses formes de responsabilité des personnes morales [...]. Une disposition analogue figure dans la récente convention de l'OCDE. On peut donc affirmer que les États membres devront, en tout état de cause, envisager la question en fonction des obligations découlant de ces instruments juridiques »²⁸³.

118. Le consensus relatif à la responsabilité des personnes morales étant aujourd'hui moins difficile à obtenir, la proposition de directive PIF a définitivement supprimé cette disposition. Si cette dernière est adoptée, la convention de Bruxelles deviendra le seul traité en matière de lutte contre la corruption à conserver une telle disposition.

2. *La responsabilité des personnes morales limitée à la protection des intérêts financiers des Communautés*

119. Adoption du deuxième protocole PIF. Le deuxième protocole à la convention PIF²⁸⁴ (ci-après, « deuxième protocole PIF ») est la première convention de l'Union européenne à introduire la responsabilité des personnes morales. Il vient compléter la stratégie de protection des intérêts financiers des Communautés européennes annoncée par le Conseil dans sa résolution du 6 décembre 1994²⁸⁵. Par la suite, un premier projet a été élaboré par la Commission en 1996²⁸⁶ et la réflexion s'est poursuivie avant d'aboutir, sous la présidence néerlandaise, à l'adoption de l'acte du Conseil du 19 juin 1997 établissant le deuxième protocole.

120. Complexité du cadre juridique. La convention de Bruxelles n'a pas repris les dispositions du deuxième protocole PIF et n'a donc pas achevé la simplification en un instrument unique des dispositions relatives à la lutte contre la corruption dans le secteur public. Au contraire, cette lacune participe de l'« éclatement », qui n'est pas uniquement formel, du cadre juridique. La chronologie des instruments étudiés pourrait expliquer une

²⁸³ Rapport explicatif de la convention de Bruxelles, point 6.1, *in fine*.

²⁸⁴ 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, signé le 19 juin 1997, en vigueur le 19 mai 2009, *JOCE* C 221 du 19 juill. 1997, pp. 12 et s.

²⁸⁵ Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, *JOCE* C 355 du 14 déc. 1994, p. 3, art. 7, point f.

²⁸⁶ Proposition d'acte du Conseil établissant le protocole additionnel à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE* C 83 du 20 mars 1996, pp. 10 et s.

telle articulation. En effet, cette omission tire peut-être son origine de raisons purement contingentes : l'accord politique sur le projet de deuxième protocole PIF a été trouvé au sein du Conseil le 26 mai 1997²⁸⁷, soit le même jour que l'adoption de la convention de Bruxelles. Toutefois, même si le deuxième protocole PIF a été adopté postérieurement, les dates sont suffisamment proches pour supputer que la réflexion sur les deux instruments a été conduite de manière concomitante. Dès lors, l'absence de stipulation relative à la responsabilité des personnes morales dans la convention de Bruxelles reste surprenante.

121. Champ d'application. L'inconvénient de cette articulation est le caractère limité de la responsabilité des personnes morales aux actes de corruption qui portent atteinte ou qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes. Malgré la difficulté à déterminer avec précision l'ensemble des faits relevant d'un tel champ d'application, les États membres devront, s'ils ne sont pas soumis à d'autres engagements internationaux plus larges, continuer à caractériser ce critère. La suppression de cette limitation, qui constitue l'apport majeur de la convention de Bruxelles, ne concerne donc que les personnes physiques.

Toutefois, les différentes études réalisées au milieu des années quatre-vingt-dix²⁸⁸ conduisent à s'interroger sur le caractère volontaire de cette omission dans la convention de Bruxelles. En effet, chaque État membre connaît un régime juridique différent en matière de responsabilité des groupements et le compromis du deuxième protocole PIF marque un choix en faveur de l'une des grandes tendances. Les États membres ont donc pu vouloir limiter l'influence de l'Union européenne sur leur droit positif en conservant la limite tenant à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles, dans sa partie consacrée à la responsabilité pénale du chef d'entreprise, semble d'ailleurs se satisfaire de cette lacune, estimant que le deuxième protocole PIF ou, à défaut, la convention OCDE, obligeront les États membres à se poser la question de la responsabilité de la personne morale en

²⁸⁷ V. à ce propos Rapport explicatif sur le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, 12 mars 1990, *JOCE* C 91 du 31 mars 1999, p. 9.

²⁸⁸ K. TIEDEMANN, « La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? », *RSC*, 1997, pp. 259 et s. ; S. GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 3, 1996, p. 533 et s.

cause²⁸⁹. Pourtant, cette interprétation semble contraire à l'esprit de la convention de Bruxelles qui opère une harmonisation sur d'autres problématiques délicates en admettant un champ d'application large. De surcroît, tous les États membres n'ont pas signé la convention OCDE à l'époque du rapport explicatif, et certains des États devenus récemment membres de l'Union européenne n'y ont pas adhéré non plus²⁹⁰.

122. En ce qui concerne le contenu du deuxième protocole, le rapport explicatif ainsi que les différents commentaires doctrinaux²⁹¹ permettent une première approche. Toutefois, sans entrer dans une analyse exégétique, la mise en exergue des principales caractéristiques du deuxième protocole PIF ainsi que de ses limites et de sa portée actuelle reste nécessaire. Malgré une définition précise et ambitieuse des critères d'imputation (a), le deuxième protocole PIF ne prévoit qu'une définition imprécise et insatisfaisante des sanctions encourues (b).

a. Une définition précise des critères d'imputation

123. Définition de la personne morale. L'article premier donne une définition de la « personne morale » qui renvoie au droit national, ce qui pose les mêmes problèmes que la définition du fonctionnaire national dans la convention de Bruxelles²⁹². Il vise « *toute entité ayant ce statut en vertu du droit national* ». Il exclut explicitement les États ou les autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique ainsi que les organisations internationales publiques. Dans le prolongement, l'article 3 prévoit une responsabilité des personnes morales uniquement pour les actes de corruption active : la corruption passive « *étant commise par un fonctionnaire, on n'a pas voulu que soit engagée la responsabilité de la personne morale qu'est la Communauté européenne ou l'un des États membres* »²⁹³. Par conséquent, la responsabilité d'une entité publique peut

²⁸⁹ Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, approuvé le 3 décembre 1998, *JOCE C 391* du 15 déc. 1998, p. 8, point 6.1 *in fine*.

²⁹⁰ Selon l'état des ratifications de la convention OCDE au 8 avril 2014.

²⁹¹ Par ex., J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, pp. 714 et s. ; A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives – Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, mai 2014, point 123.

²⁹² V. *supra*, n° 75.

²⁹³ J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 715, note 1.

être engagée, à condition, d'une part, qu'elle n'ait pas agi dans l'exercice de ses prérogatives publiques et, d'autre part, qu'il s'agisse bien d'un acte de corruption active.

124. Responsabilité. L'article 3 prévoit la possibilité d'imputer l'acte de corruption à la personne morale dans deux hypothèses différentes. En premier lieu, l'article 3 paragraphe 1 stipule : « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes :*

- *Un pouvoir de représentation de la personne morale, ou*
- *Une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou*
- *Une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale,*

ainsi que la participation à la commission de ce fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux en qualité de complice ou d'instigateur, ou de la tentative de commission de ce fait de fraude ». Malgré la multitude des systèmes juridiques existants au sein des États membres, c'est donc le système d'imputation par ricochet qui a été retenu, proche de celui adopté par la France dans le code pénal de 1994, ce qui n'a pas pleinement satisfait une partie de la doctrine²⁹⁴.

125. En second lieu, l'article 3 paragraphe 2 permet d'engager la responsabilité de la personne morale lorsque l'auteur matériel de l'infraction n'est pas un représentant ou un organe mais se trouve sous leur surveillance ou leur contrôle : « *abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1, a rendu possible la commission d'un fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux pour le compte de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité* ». À la différence de la responsabilité pénale du chef d'entreprise prévue par l'article 6 de la convention de Bruxelles, dont la formulation est plus large²⁹⁵, la caractérisation d'un défaut de surveillance ou de contrôle ayant rendu possible la

²⁹⁴ S. MANACORDA, « La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, éd. Société de Législation comparée, Paris, 2013, p. 42.

²⁹⁵ V. *supra*, n° 113.

réalisation de l'infraction est nécessaire. Par ailleurs, bien que l'auteur de l'infraction n'ait pas de pouvoir de représentation, son acte doit avoir été commis pour le compte de la personne morale.

126. Exonération. Dès lors, la mise en place de procédures adéquates destinées à prévenir la réalisation du risque permet-elle d'exonérer la personne morale ? Tout d'abord, la convention ne prévoit aucune disposition explicite en ce sens. Ensuite, le Professeur Stefano Manacorda estime que l'article 3 paragraphe 2 renvoie davantage à l'omission fautive du dirigeant qu'à une amorce de responsabilité de la personne morale de son propre fait : « *il est donc à exclure que le modèle d'imputation concernant les agissements des individus en position para-apicale corresponde à la recherche par le droit de l'Union d'un degré quoique minimal de culpabilité de la personne morale dans le sens d'un défaut d'organisation* »²⁹⁶. Aussi, si la mise en place de telles procédures peut être prise en compte dans le cadre d'une procédure judiciaire, le deuxième protocole PIF vise avant tout le comportement de la personne qui dispose d'un pouvoir de direction. En outre, l'article 12, paragraphe 2, point 4 du deuxième protocole PIF autorise à aller au-delà des dispositions de la convention : rien n'empêche donc un État membre, lors de la transposition dans son droit interne, de ne pas exiger la preuve d'un défaut de surveillance ou de contrôle ayant rendu possible la commission de l'infraction pour engager la responsabilité de la personne morale.

127. Cumul. Enfin, l'article 3 paragraphe 3 précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices d'un acte de corruption active. Cette disposition n'a pas trouvé d'opposition marquée puisqu'elle était déjà partagée par la plupart des États membres qui connaissaient une responsabilité des groupements²⁹⁷. Dès lors, si un subordonné commet un acte de corruption active pour le compte de l'entreprise, sa responsabilité peut être engagée, mais aussi, de manière cumulative, celle du chef d'entreprise et de la personne morale, si les conditions sont remplies.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 44.

²⁹⁷ K. TIEDEMANN, « La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? », *RSC*, 1997, p. 264.

b. Une définition floue des sanctions encourues

128. Nature de la responsabilité. La nature de la responsabilité devant peser sur la personne morale n'est précisée ni par l'article 3 ni par l'article 4 relatif aux sanctions à l'encontre des personnes morales. Contrairement à ce que prévoit la convention de Bruxelles pour les personnes physiques, les États membres n'ont pas l'obligation d'introduire une responsabilité pénale des personnes morales pour satisfaire à leurs engagements. La sanction peut ainsi avoir un caractère administratif. Il s'agissait d'un compromis nécessaire puisque certains États, comme l'Allemagne, ne connaissent pas de responsabilité pénale pour les groupements.

129. Sanctions. L'article 4 distingue la responsabilité des personnes morales lorsque celle-ci est engagée en raison d'un acte de corruption active commis par une personne exerçant un pouvoir de direction ou commis par une personne sous l'autorité de ce dernier. Dans le premier cas, l'article 4, paragraphe 1 impose des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Ni la nature ni la sévérité de la sanction ne sont donc précisées. Cette expression est identique aux sanctions prévues pour les personnes physiques par la convention de Bruxelles : elle souffre donc des mêmes défauts²⁹⁸. En outre, ces sanctions doivent inclure des amendes, pénales ou non pénales et, de manière facultative, les États membres peuvent prévoir des sanctions complémentaires. Une liste non limitative est fournie : des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique, des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale, un placement sous surveillance judiciaire, une mesure judiciaire de dissolution. Dans le second cas, l'article 4 paragraphe 2 prévoit, en des termes très généraux, que les personnes morales doivent être passibles de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives. Aussi, une partie de la doctrine estime que cette disposition est encore plus inefficace que la sanction prévue par le paragraphe 1 du même article²⁹⁹. Le point 4.3 *in fine* du rapport explicatif fournit des précisions sur les mesures qui peuvent être jugées satisfaisantes, exigeant seulement un caractère punitif : « *les mesures préconisées [...] peuvent être des sanctions pénales, mais aussi des mesures relevant du droit administratif ou du droit civil. Les sanctions ou mesures [...] sans devoir nécessairement être prévues par le droit pénal ou la législation administrative pénale des*

²⁹⁸ V. *supra*, n^{os} 102. et s.

²⁹⁹ J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, pp. 717 et s.

États membres, doivent, le cas échéant, avoir un caractère punitif dans le sens où elles doivent aller au-delà de la simple réparation des torts subis ou de la restitution de biens mal acquis ».

130. Entrée en vigueur tardive. Les lacunes évoquées ci-dessus, et notamment celle tenant au critère de protection des intérêts financiers, contribuent à affaiblir l'intérêt du deuxième protocole PIF dans l'harmonisation des législations européennes. Toutefois, c'est la difficulté pour certains États membres à admettre le principe même d'une responsabilité des groupements qui a retardé son entrée en vigueur, celle-ci étant intervenue douze ans après son adoption. En effet, certains États ont notifié tardivement l'accomplissement des procédures requises par leurs règles constitutionnelles. C'est le cas de l'Autriche, dont la notification est intervenue le 20 juillet 2006, en raison d'incompatibilités dans son droit interne. Le rapport explicatif précise que la notion de responsabilité pénale des personnes morales — ce qui n'est pourtant pas exigé ici — n'existait pas dans la législation autrichienne. Or, cette difficulté avait été envisagée puisque l'article 18 paragraphe 2 du deuxième protocole PIF avait créé une exception au profit de l'Autriche en lui permettant de ne pas être liée par les dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales pour une durée de cinq ans : *« il a été estimé que c'était plutôt un problème pratique qu'une question de fond, et donc que l'Autriche aurait besoin de plus de temps que les autres États membres pour mettre en œuvre les articles 3 et 4. Pour s'assurer que ce problème spécifique ne retarde pas l'entrée en vigueur finale de l'ensemble du protocole pour tous les États membres, et pour encourager l'Autriche à adapter sa législation, il lui a été donné la possibilité d'émettre une réserve [...] »*³⁰⁰. Cependant, le point de départ du délai était l'adoption de l'acte établissant le deuxième protocole PIF et non la notification évoquée ci-dessus. Le mécanisme s'est donc révélé inefficace. L'Autriche a préféré s'assurer que le deuxième protocole PIF n'entrerait pas en vigueur et a procédé à la notification après avoir introduit une telle responsabilité dans son droit positif en 2006³⁰¹. Toutefois, c'est l'Italie qui est le dernier État membre à procéder à cette notification le 18 février 2009, alors qu'elle avait déjà introduit la responsabilité des personnes morales en 2001³⁰². La Commission européenne avait

³⁰⁰ Rapport explicatif du deuxième protocole, point 18.2.

³⁰¹ L'Autriche a introduit la responsabilité des personnes morales en 2006 lorsque le *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* (VbVG) est entré en vigueur.

³⁰² Décret-législatif italien n° 231/2001, modifié par le décret législatif n° 146/2006 sur le blanchiment d'argent puis par la loi n° 190/2012.

pourtant attiré l'attention des États membres, dans son rapport de 2004 sur la mise en œuvre de la convention PIF et de ses protocoles, sur la nécessité d'une entrée en vigueur rapide : « invite les États membres à : [...] (pour ceux qui ne procèdent pas ainsi) mettre en œuvre et ratifier le 2^{ème} protocole sans tarder, étant donné que plus de sept ans se sont déjà écoulés depuis sa signature »³⁰³.

131. Autres conventions internationales. Aussi, les autres conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption, déjà entrées en vigueur et signées par de nombreux États membres, ont pu avoir un effet important dans l'évolution des législations. Ces conventions ont plusieurs similitudes avec le deuxième protocole PIF : elles n'imposent pas la nature ou la sévérité des sanctions à l'encontre des personnes morales et autorisent le cumul de responsabilité. La convention OCDE du 17 décembre 1997 et la convention de Mérida du 9 décembre 2003 ont une formulation particulièrement large puisque la première exige uniquement l'établissement d'une telle responsabilité et la seconde impose une responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions visées. Les critères d'imputation ne sont donc pas précisés. Quant à la convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, il s'agit d'une reproduction presque identique du deuxième protocole. Seules les dispositions relatives à la sanction des personnes morales sont moins nuancées puisqu'il est seulement exigé « *des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires* ». L'intérêt principal de ces conventions réside dans leur champ d'application large. Tout d'abord, il n'est pas limité à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Ensuite, si la convention OCDE et la convention pénale du Conseil de l'Europe ne visent que la corruption active, la convention de Mérida couvre toutes les « *infractions établies conformément à la présente Convention* »³⁰⁴ ce qui renvoie à la corruption active et passive d'un agent public national et à la corruption active d'un agent public étranger ou d'un fonctionnaire d'une organisation internationale publique. La corruption passive d'un agent public étranger ou de fonctionnaire d'une organisation internationale publique est également visée par la convention de Mérida mais uniquement dans la mesure où le signataire a choisi de l'incriminer.

³⁰³ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final, point 4.

³⁰⁴ Convention ONU, art. 26.

132. Évolution. Depuis 1997, le modèle du deuxième protocole PIF s'est progressivement imposé et a été presque systématiquement repris dans les instruments du troisième pilier. Les traités constitutifs ne donnent pas de base juridique pour adopter un acte général relatif à la responsabilité des personnes morales : le principe d'attribution oblige à réitérer le modèle dans chaque instrument. Aussi, en l'absence de prévision dans la convention de Bruxelles, la responsabilité des personnes morales pour un acte de corruption active est restée limitée à la protection des intérêts financiers dans le cadre de l'Union européenne.

133. Proposition de directive PIF. La proposition de directive PIF³⁰⁵ n'a pas l'ambition de dépasser, sur le fond, le deuxième protocole PIF ou les autres conventions relatives à la lutte contre la corruption. Il aura cependant pour vertu de s'appliquer tant à la corruption active que passive et de ne pas distinguer la sanction minimale en fonction de la personne physique qui a commis l'infraction. De plus, la directive liera l'ensemble des États membres. Toutefois, la proposition de directive PIF, centrée sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, ne devrait pas élargir le champ d'application fixé par le deuxième protocole.

SECTION II. Des règles de poursuite spécifiques pour les actes de corruption

134. L'incrimination de la corruption transnationale justifie l'adoption de règles de poursuite spécifiques. En effet, afin de réduire l'impunité, les États membres ont la faculté d'étendre leur compétence au-delà des infractions commises en tout ou partie sur leur territoire (A). Toutefois, une telle extension augmente concomitamment le risque de poursuites multiples dans la même affaire ou à l'encontre du même suspect et justifie donc

³⁰⁵ V. *infra*, n^{os} 293. et s.

l'adoption de nouvelles règles incitant les États membres à coopérer et à centraliser les poursuites (B).

I. L'extension facultative des compétences en cas de corruption transnationale

135. Champ d'application. L'article 7 de la convention de Bruxelles fixe précisément les hypothèses où les États membres devront se reconnaître compétents pour poursuivre les comportements prohibés, tout en excluant implicitement la complicité et l'instigation laissées à leur libre appréciation. Si certaines compétences peuvent apparaître classiques dans une convention internationale à visée répressive (A), d'autres sont plus originales, mais participent également à la création d'un régime inutilement complexe (B).

A. Des compétences classiques : compétence territoriale et personnalité active

136. Principe de territorialité et principe de personnalité active. Les deux premières hypothèses ne posent pas de difficulté particulière. Conformément au principe de territorialité, l'État membre est compétent si l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur son territoire.

Il doit également se reconnaître compétent si l'infraction a eu lieu hors de son territoire, mais que son auteur est un de ses ressortissants ou un de ses fonctionnaires (principe de personnalité active). Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles précise la portée de ce dernier principe : *« le critère tiré de la qualité de l'auteur de l'infraction permet de déterminer la compétence indépendamment de la lex loci delicti. Il appartient alors aux États membres d'engager des poursuites pour des infractions commises à l'étranger, y compris dans les pays tiers »*.

137. Condition de double incrimination. Certains États exigent que les faits soient également punis dans la législation du pays où ils ont été commis. Cependant, la condition de double incrimination n'étant pas mentionnée dans les conventions étudiées, seuls les États membres qui ont émis des réserves pourront conditionner leur compétence à l'existence d'une double incrimination. C'est le cas, par exemple, de l'Autriche, du

Danemark ou de la Finlande. À l'inverse, la France et la Grèce ont décidé, l'un implicitement l'autre explicitement, d'abandonner l'exigence de double incrimination pour les infractions concernées.

L'enjeu central ne réside pas dans les infractions commises sur le territoire de l'un des États membres ayant ratifié les conventions, puisqu'en principe, l'exigence de double incrimination sera toujours remplie. Il réside essentiellement dans les faits commis dans un pays tiers qui ne connaîtrait pas l'infraction de corruption active ou passive d'un agent public étranger ou d'un membre d'une institution internationale.

138. Extradition de ses ressortissants. Par ailleurs, les États membres qui refusent d'extrader leurs propres ressortissants ne peuvent totalement exclure le principe de personnalité active, puisqu'ils ont, le cas échéant, l'obligation de se reconnaître compétents³⁰⁶. L'affaire devra alors être soumise aux autorités compétentes aux fins de poursuite et l'État membre requérant devra être informé des poursuites et de leur résultat.

Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles estime qu'il s'agit tout simplement de l'application du principe *aut dedere aut judicare*. Cependant, les États s'engagent uniquement à soumettre l'affaire aux autorités de poursuite, et non à poursuivre. Contrairement à ce que soutient le rapport, il ne s'agit donc pas de la mise en œuvre du principe susmentionné³⁰⁷. En effet, dans les pays qui connaissent le principe de l'opportunité des poursuites, il pourra être mis fin à celles-ci, sans qu'il puisse être reproché à l'État requis de ne pas avoir respecté ses engagements internationaux : les autorités poursuivantes pourraient par exemple procéder à un classement sans suite. Un auteur a ainsi remarqué qu'il y avait, dans de nombreuses conventions internationales, un glissement vers le principe *aut dedere aut prosequi*³⁰⁸.

Ce risque aurait pu être limité en prévoyant, comme la convention OCDE qui a institué le même mécanisme en matière d'extradition, que les enquêtes et poursuites ne devront pas être influencées par certaines considérations comme l'intérêt économique national, les effets possibles sur un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause³⁰⁹.

³⁰⁶ Convention de Bruxelles, art.8.

³⁰⁷ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., PUF, 2005, points 206 et 208.

³⁰⁸ M. HENZELIN, Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, éd. Helbing & Lichtenhahm, 2000, pp. 20 et s.

³⁰⁹ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997, en vigueur le 15 février 1999, art. 5.

B. Des compétences originales : « personnalité passive » et siège de l'institution communautaire

139. Aménagement du principe de personnalité passive. Les États sont également tenus de se reconnaître compétents dans deux autres hypothèses susceptibles de poser des difficultés de transposition. Ainsi, un État membre doit établir sa compétence lorsque l'infraction est commise à l'encontre de l'un de ses ressortissants qui est l'une des personnes visées aux articles 1^{er} et 4 paragraphe 1 des conventions étudiées, c'est-à-dire à l'encontre des fonctionnaires nationaux et communautaires, des membres d'une institution communautaire, des ministres nationaux, des membres de la commission européenne, des élus des assemblées parlementaires et du Parlement européen, des membres des cours des comptes nationales et communautaires, des juges des hautes juridictions et de la Cour de Justice de l'Union européenne. Le principe de personnalité passive est ici réduit aux hypothèses de corruption active où l'auteur n'est pas un ressortissant de l'État qui souhaite poursuivre.

En premier lieu, le fonctionnaire est considéré comme la victime de l'infraction de corruption puisqu'il est celui « *à l'encontre* » duquel l'infraction est commise. Ce postulat apparaît réducteur. Lorsque le fonctionnaire a accepté l'offre, la promesse ou la remise du pot-de-vin, il s'est non seulement rendu coupable de corruption passive, mais a également participé volontairement à l'infraction de corruption active. Dans le même temps, il serait paradoxal que le fonctionnaire qui accepte le pot-de-vin, en perdant sa qualité de victime de l'infraction, empêche par ricochet l'État membre dont il est ressortissant d'établir sa compétence contre l'auteur de la corruption active. Dès lors, le texte semble sous-entendre que le fonctionnaire destinataire d'une offre de corruption a la qualité de victime de l'infraction, indépendamment de sa participation ou non à celle-ci. Dans ce dernier cas, la question de la recevabilité de sa constitution de partie civile, qui pourrait être acceptée dans l'intérêt de la justice, se pose ainsi que celle de son indemnisation.

En second lieu, la portée du principe de personnalité passive est significativement réduite puisque les victimes qui n'ont pas l'une des qualités susmentionnées ne sont pas visées. Dans le cas de la corruption active (dans le secteur public), il y aura systématiquement un fonctionnaire communautaire ou national qui sera victime de l'infraction. Cependant, les autres victimes, comme le concurrent déçu d'un marché public, ne sont pas prises en compte alors qu'ils auraient pu assurer la compétence d'autres

États. En outre, les victimes de corruption passive, qui ont rarement les qualités requises, ne sont pas considérées. Cette hypothèse aurait pourtant pu s'avérer dissuasive, par exemple pour un fonctionnaire étranger ayant commis cette infraction à l'étranger, mais se rendant régulièrement dans le pays membre concerné.

Par conséquent, le principe de personnalité passive n'a pas vocation à s'appliquer dans toutes les situations couvertes par la convention étudiée. Les États membres sont libres d'adopter des dispositions allant au-delà des obligations posées par celle-ci, mais affirmer sa compétence à l'égard d'un fonctionnaire étranger, en dehors de tout accord international, pourrait être plus délicat. Il peut ainsi paraître singulier que dans le cas des infractions où l'auteur a nécessairement une nationalité étrangère, seule la compétence territoriale soit obligatoire³¹⁰.

140. Critère du siège de l'organisme ou de l'institution communautaire. Enfin, les États membres doivent se reconnaître compétents si l'auteur de l'infraction est « *un fonctionnaire communautaire au service d'une institution des Communautés européennes ou d'un organisme créé conformément aux traités instituant les communautés européennes et ayant son siège dans l'État membre concerné* ». Le rattachement du siège de l'organisme ou de l'institution communautaire à un État membre fonde donc la compétence de celui-ci lorsque le fonctionnaire communautaire est l'auteur de l'infraction, peu importe la nationalité de ce dernier.

141. Caractère supplétif. Cette hypothèse originale ne semble cependant pas avoir été adoptée dans l'esprit de permettre aux États qui accueillent une institution communautaire sur leur territoire de systématiquement poursuivre les fonctionnaires communautaires qui se voient reprocher une infraction de corruption passive. À cet égard, le rapport explicatif de la convention de Bruxelles apporte quelques précisions essentielles : « *ce critère du siège peut s'avérer utile dans des situations exceptionnelles non régies par d'autres règles de compétence, notamment lorsqu'une infraction est commise hors du territoire de la Communauté par un fonctionnaire communautaire qui n'est pas ressortissant d'un État membre* ». L'objectif était donc de créer une compétence subsidiaire qui n'a vocation à intervenir que dans le cas où aucun autre État membre ne peut affirmer sa compétence en vertu du principe de territorialité ou de l'un des principes de compétence personnelle.

³¹⁰ V. *infra*, n° 143.

Or, les dispositions étudiées sont beaucoup plus larges et ne se réduisent pas à cette seule utilité. L'État membre concerné pourrait, en principe, poursuivre un fonctionnaire communautaire étranger, voire non membre de l'UE, qui a commis une infraction de corruption passive à l'étranger, contre le ressortissant d'un pays non membre de l'Union européenne. Mais le texte permet également de poursuivre ce même fonctionnaire si l'infraction avait été réalisée sur le territoire d'un autre État membre, bien que sa compétence soit concurrente. Si l'objectif initial était de créer une compétence subsidiaire, les dispositions étudiées ne sont pas satisfaisantes.

142. Transposition française. En outre, ne correspondant à aucun cas classique de compétence, cette disposition a entraîné des difficultés de transposition. Ainsi, en France, la majorité de la doctrine a critiqué le choix du législateur de créer un nouveau cas de compétence universelle sans fondement, au regard des conventions de l'Union européenne³¹¹. D'ailleurs, la compétence universelle exige que la personne poursuivie soit sur le territoire de l'État concerné : cette condition supplémentaire n'est pas prévue par les textes de l'Union européenne. Tout État membre qui souhaite l'instituer doit donc émettre des réserves. Or, la France n'a émis aucune réserve dans ce sens, ni dans le cadre du premier protocole PIF du 26 septembre 1996 ni dans celui de la Convention de Bruxelles.

143. Réserves. La portée de ces dispositions est en réalité à géométrie variable puisque les États membres sont libres d'émettre des réserves³¹² afin de ne pas appliquer

³¹¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, 2012, n° 1837 ; R. KOERING-JOULIN, « Où il est encore question de compétence universelle », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 969, note 18 ; V. également, A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. – Infractions commises à l'étranger », *JurisClasseur Procédure pénale*, Fasc. 30, mars 2013, point 85.

³¹² Les conventions étudiées ne distinguent pas clairement les « déclarations » et les « réserves ». La doctrine reste partagée sur l'existence d'une telle distinction. À supposer qu'une distinction existe, il s'agirait en l'espèce de réserves puisqu'elles ont pour effet de modifier ou d'exclure l'effet juridique des conventions. Les seules véritables déclarations (non interprétatives) concerneraient alors la compétence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

Le secrétariat général du Conseil de l'Union européenne retient la qualification choisie par chaque Etat membre. Toutefois, pour des raisons de clarté, il sera ici employé systématiquement le terme de « réserve », conformément à la qualification retenue par l'article 9§1 du protocole, sauf pour les déclarations concernant la CJUE.

Pour une analyse détaillée de la distinction entre les deux termes, V. A. PELLET, *Troisième rapport sur les réserves aux traités*, Commission du droit international de l'ONU, 50^{ème} session, A/CN.4/491, additif 4 ; Rapport de la Commission du droit international de l'ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 63^{ème} session, A/66/10, add. 1, p. 38 et s.

ou d'appliquer dans des conditions spécifiques les règles de compétence susmentionnées, à l'exception du principe de territorialité³¹³.

Lors de la notification faite au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne, plusieurs États membres ont ainsi émis des réserves dans le cadre du premier protocole PIF puis les ont réitérées dans le cadre de la convention de Bruxelles³¹⁴. Ces réserves concernent actuellement plus de 13 États membres et, contrairement aux réserves émises dans le cadre de la convention pénale du Conseil de l'Europe³¹⁵, elles ne sont pas limitées dans le temps.

Par ailleurs, les réserves émises ne peuvent être synthétisées comme un ensemble homogène. Elles complexifient la lecture des engagements pris. Certains États membres ont émis des réserves afin d'exclure entièrement l'application d'une ou plusieurs règles de compétences. D'autres ont affirmé le monopole du ministère public en matière de poursuite ou encore ont systématiquement exigé que l'auteur de l'infraction soit l'un de leurs ressortissants. Toutefois, la majorité des États ayant émis des réserves ont essentiellement cherché à maintenir l'application du principe de double incrimination pour un ou plusieurs cas de compétences.

En outre, si ces réserves sont toujours en vigueur, elles ne préjugent pas du droit positif. À titre d'exemple, le Royaume-Uni n'a retenu, dans les deux conventions susmentionnées, que le principe de territorialité. Or, aux termes du Bribery Act de 2010³¹⁶, le Royaume-Uni se reconnaît compétent lorsque l'auteur de l'acte ou de l'omission a un lien étroit avec le Royaume-Uni, ce qui recouvre *a minima* le principe de compétence active.

L'abrogation des réserves étant conditionnée à un acte positif de l'État membre, elles ne constituent pas des indicateurs fiables de la mise en œuvre des conventions étudiées.

144. Situation inégale des fonctionnaires communautaires. Par ailleurs, les États étant autorisés, par le biais de réserves, à ne pas affirmer leurs compétences dans certains

V. égal. Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, section 2.

³¹³ Convention de Bruxelles, art. 7§2.

³¹⁴ À l'exception de la République slovaque qui a exclu le principe de personnalité passive dans le cadre du premier protocole PIF mais n'a émis aucune réserve dans le cadre de la convention de Bruxelles.

³¹⁵ Convention pénale du Conseil de l'Europe, article 38.

³¹⁶ *Bribery Act* du Royaume-Uni, section 12.

cas, les fonctionnaires communautaires et les membres des organismes communautaires ne sont pas tous placés dans une situation identique.

À titre d'exemple, si l'on ne s'attache qu'à regarder la situation théorique qui ressort des conventions et des réserves, le Luxembourg a refusé d'établir sa compétence lorsque l'auteur de l'infraction n'a pas la nationalité luxembourgeoise ou que l'infraction ne s'est pas déroulée sur son territoire. Aussi, les membres du Fonds européen d'investissement qui ne sont pas des ressortissants luxembourgeois ne se trouvent pas dans une situation identique aux membres de l'Institut monétaire européen, l'Espagne n'ayant pas émis de réserves.

145. Impunité. Des situations où l'auteur de l'infraction, y compris un membre d'un organisme communautaire, n'est pas susceptible de poursuite alors que son acte a été commis au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes peuvent être imaginées. À titre d'exemple, un membre de la Banque européenne d'investissement, de nationalité finlandaise, se voit proposer un pot-de-vin par un ressortissant néerlandais, pour qu'il accomplisse un acte de sa fonction de façon contraire à ses devoirs officiels. Les faits surviennent lors d'une rencontre informelle au Sénégal. Le membre de la Banque européenne d'investissement accepte le pot-de-vin.

En l'espèce, deux infractions distinctes sont commises. En premier lieu, un acte de corruption active à l'encontre d'un membre d'une institution internationale qui, au terme de la convention étudiée, est assimilé à un fonctionnaire communautaire. En second lieu, un acte de corruption passive commis par ce même membre.

Au regard de la convention de Bruxelles, quatre pays pourraient s'estimer compétents. La Finlande qui, selon l'infraction en cause, pourrait s'estimer compétente sur le fondement du principe de personnalité active ou passive. Les Pays-Bas pour les mêmes raisons. Le Luxembourg pour l'acte de corruption passive puisque la Banque européenne d'investissement y a son siège. Et enfin, le Sénégal puisque les faits se sont déroulés sur son territoire.

Or, le Sénégal ne connaît pas l'infraction de corruption d'un agent public étranger ou d'une organisation internationale³¹⁷. Non seulement il ne pourra pas poursuivre des faits qu'il ne prohibe pas, mais la condition de double incrimination ne sera pas remplie. Aussi,

³¹⁷ OCDE, *Banque africaine de développement, Inventaire des lois, politiques et pratiques pour l'intégrité dans les affaires et la lutte contre la corruption dans vingt pays africains*, éd. OCDE, 2012, p. 41.

la Finlande et les Pays-Bas qui ont conditionné leur compétence, active et passive, à l'existence d'une double incrimination ne seront pas non plus compétents. Quant au Luxembourg, il a réservé sa compétence dans les cas où l'auteur est lui-même de nationalité luxembourgeoise, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Par conséquent, bien que les infractions de corruption active et passive soient entièrement constituées, aucun État ne s'estimera compétent pour poursuivre pénalement leurs auteurs. Ces situations transfrontalières échappent donc à toute poursuite par le jeu des multiples réserves émises par les États membres.

146. En revanche, les conventions étudiées ont entendu assurer la cohérence dans la poursuite et dans la sanction des infractions, notamment lorsque plusieurs États membres ont vocation à poursuivre le même fait, en imposant un principe de coopération. Les États membres doivent ainsi s'entendre pendant les phases d'enquêtes, de poursuites judiciaires et d'exécution de la sanction et tenter de centraliser les poursuites.

II. Les incitations à la coopération et à la centralisation des poursuites

147. L'extension de la compétence des juridictions nationales et l'internationalisation de la corruption multiplient les situations où deux États membres peuvent s'estimer compétents pour poursuivre et juger les mêmes faits. Aussi, la convention de Bruxelles prévoit une obligation de coopération et de centralisation des poursuites (A) et, implicitement en cas d'échec, une application transnationale du *principe ne bis in idem* (B).

A. D'une obligation vague à une obligation générale de coopération judiciaire

148. Infractions transnationales « par essence ». Les formes et les mécanismes de coopération judiciaire ont une importance particulière pour les infractions qui sont, par essence, transnationales à l'image de la corruption d'un fonctionnaire étranger. Aussi, la

convention de Bruxelles pose, à son article 9, un principe de coopération judiciaire et, dans le prolongement, invite à centraliser les poursuites.

149. Obligation de coopération effective. Le premier paragraphe prévoit en termes généraux l'obligation de coopérer de façon effective depuis l'enquête jusqu'à l'exécution de la sanction lorsqu'une procédure relative à une infraction visée par la convention concerne au moins deux États membres. La disposition est complétée par une liste non limitative des formes que peut prendre la coopération : entraide judiciaire, extradition, transfert des poursuites ou exécution dans un autre État membre des jugements prononcés.

L'article 9 doit donc être lu en parallèle avec l'article 8 relatif à l'extradition et aux poursuites. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné la similitude de ces deux textes avec les articles 5 et 6 de la convention PIF et semblaient s'inquiéter de la suppression dans la convention de Bruxelles de l'interdiction faite aux États membres de refuser une extradition au motif que la corruption serait une infraction en matière de taxes ou de douane³¹⁸. Toutefois, la convention PIF ne vise pas la corruption mais la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes. Quant au premier protocole PIF, il avait implicitement exclu cette disposition en matière de corruption³¹⁹. La convention de Bruxelles n'a donc procédé à aucune suppression. De plus, l'absence de reprise de cette disposition est pleinement justifiée puisqu'elle n'apparaît pas pertinente en matière de corruption³²⁰.

Par ailleurs, la complicité et l'instigation des infractions susmentionnées sont visées par la convention de Bruxelles, mais ne font pas partie de l'énumération de l'article 9. Par conséquent, ces infractions sont implicitement exclues de l'obligation de coopération posée par la convention de Bruxelles.

150. Centralisation des poursuites. Le second paragraphe appréhende la situation où, d'une part, plus de deux États membres sont compétents et, d'autre part, n'importe lequel peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits. En d'autres termes, une appréciation *in concreto* de la capacité des États à poursuivre les mêmes faits est exigée : ces derniers ne devront pas être prescrits et l'ensemble des conditions légales

³¹⁸ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives. - Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, novembre 2007, point 92.

³¹⁹ Premier protocole PIF, art. 7§1.

³²⁰ Rapport explicatif de la convention de Bruxelles, art. 8 *in fine*.

devront être remplies comme, le cas échéant, la plainte préalable de la victime. Dans ce cas seulement, les États ont l'obligation de se concerter afin de centraliser les poursuites.

Toutefois, aucun critère n'est proposé par la convention étudiée afin de servir de base à la discussion. Un auteur avait proposé concernant la disposition identique de la convention PIF de s'inspirer de l'article 36-1 du règlement 222/77, tel qu'interprété par la Cour de Justice³²¹, qui implique que « *l'État membre où la marchandise a été importée d'un pays tiers est compétent pour l'imposition d'une dette douanière* »³²². Dans le cadre de la fraude, la prise en compte de critères comme le lieu où la marchandise a été importée d'un pays tiers ou encore le lieu d'obtention des sommes détournées est effectivement envisageable.

Néanmoins, les critères susmentionnés n'auraient aucun sens en matière de corruption. En définitive, ils reviendraient à simplement affirmer que la centralisation des poursuites dépend du lieu de réalisation de l'infraction de corruption. Même si cette solution devrait s'imposer dans la majorité des cas, notamment pour des raisons de preuve, elle peut sembler réductrice et la prise en compte de divers critères, éventuellement hiérarchisés, serait plus efficace. D'ailleurs, le rapport explicatif de la convention de Bruxelles tente de combler la lacune et propose, sans établir de hiérarchie entre les critères : « *l'importance de la corruption commise sur leur propre territoire, l'endroit où les avantages en question ont été fournis, l'endroit où les suspects ont été arrêtés, leur nationalité, les poursuites antérieures, etc.* ».

151. Effectivité de la coopération. La concision et le caractère « vague »³²³ des dispositions de l'article 9 de la convention de Bruxelles ont pu laisser craindre l'absence de coopération effective entre les États membres. Le rapport explicatif de la convention de Bruxelles ne laisse d'ailleurs aucun doute sur le fait que les signataires, tout en renvoyant à d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux, étaient conscients de l'absence d'instruments communs suffisants : l'expression « *par exemple* » du premier paragraphe a justement été introduite pour tenir compte de la situation des États qui n'ont pas signé les conventions européennes pertinentes. Néanmoins, la critique qu'il est aujourd'hui possible de formuler à l'encontre de ces dispositions n'est pas celle qui existait lors de l'adoption de ces dernières.

³²¹ CJCE, 20 septembre 1988, Kiwall, aff. C-252/87 (ECLI:EU:C:1988:426), Rec. 1988 p. 4753, point 11.

³²² J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 663.

³²³ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *op. cit. & loc. cit.*

152. Prévisions des autres conventions internationales. En effet, l'étude des autres conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption et adoptées dans un temps voisin à la convention de Bruxelles tend à démontrer que l'insuffisance des prévisions de cette dernière n'est pas imputable à un consensus impossible.

Dans une première approche, la convention OCDE n'apparaît pas beaucoup plus précise. Cependant, les mécanismes d'évaluation et de perfectionnement mentionnés dans le commentaire sur la convention OCDE³²⁴ laissaient présager des évolutions ultérieures importantes. Par le biais des éléments communs annexés à la recommandation de l'OCDE de 1997 (qui sera elle-même amenée à évoluer), les Parties acceptent « *d'étudier et de mettre en œuvre les moyens de nature à rendre l'entraide judiciaire plus efficace* ». Des pistes précises sont envisagées, notamment la possibilité de mettre à disposition une personne en détention susceptible de favoriser les enquêtes ou procédures d'une autre partie.

La convention pénale du Conseil de l'Europe est plus détaillée et prévoit les cas où il sera possible de refuser ou non une entraide³²⁵. Toutefois, c'est la convention de Mérida qui constitue le traité le plus approfondi en la matière : elle prévoit un éventail important de mesures venant renforcer la coopération judiciaire. La lourdeur apparente de ces deux dernières conventions est compensée par le caractère partiellement supplétif de leurs dispositions³²⁶.

153. Obligation générale de coopération. Il était possible de craindre que les prévisions de la convention de Bruxelles soient insuffisantes pour opérer un renforcement de la coopération judiciaire. Néanmoins, la réitération dans chaque instrument sectoriel de l'Union européenne de l'ensemble des règles relatives à la coopération judiciaire aurait également pu apparaître contradictoire et peu efficace, à la différence de la convention de Mérida dont le nombre d'États destinataires³²⁷ rendait le renvoi à d'autres instruments difficile.

Le cadre juridique de l'Union européenne rend aujourd'hui pertinent la concision de l'article 9. Les États membres se sont en effet accordés sur de nombreux aspects du droit

³²⁴ Conférence de négociations de la convention de l'OCDE, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés le 21 novembre 1997, points 30 et s.

³²⁵ Convention pénale du Conseil de l'Europe, art. 26.

³²⁶ Convention ONU, article 46§7 ; Convention pénale du Conseil de l'Europe, art. 25.

³²⁷ Au 2 avril 2014, 171 États parties à la Convention ONU.

pénal processuel sans les confiner à un instrument sectoriel³²⁸ favorisant la coopération depuis l'enquête jusqu'à la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus à l'étranger. D'ailleurs, la plupart de ces décisions-cadre dispensent explicitement le juge de tout contrôle de double incrimination si l'État d'émission punit les faits de corruption d'une peine ou d'une mesure privative de liberté d'une durée maximale d'au moins trois ans³²⁹.

La coopération judiciaire en matière de corruption bénéficie donc d'un cadre renforcé dans l'Union européenne. Les évolutions ultérieures permettent à l'article 9 de ne pas être regardé comme « vague » : il invite les États membres, par le biais d'une obligation générale, à mettre en œuvre l'ensemble des instruments européens à leur disposition.

154. Saisine d'Eurojust. Enfin, la possibilité de saisir Eurojust, organe dédié à l'amélioration de la coordination des enquêtes et des poursuites, favorise l'émergence de consensus. Le principe reste la négociation directe. Toutefois, même dans ce dernier cas, les travaux d'Eurojust permettent d'améliorer le processus décisionnel. À titre d'exemple, concernant les critères à retenir pour s'accorder sur la centralisation des poursuites, Eurojust pose la présomption suivante : « *il devra être présumé que les poursuites devront avoir lieu, si cela est possible, dans la juridiction où a été commise la majorité des infractions ou bien où a été subie la majorité des pertes* »³³⁰. Plusieurs facteurs sont alors susceptibles d'influencer la décision définitive : lieu où se trouve l'accusé (*sic*), la capacité d'extrader ou de remettre une personne, volonté des témoins à déposer ou à se déplacer, protection des témoins, les délais de procédure, les intérêts des victimes, la présence de preuves fiables, crédibles et recevables. La liste proposée est une nouvelle fois non limitative afin de conserver une certaine souplesse. L'apport majeur réside donc dans les garde-fous énumérés par le rapport : ne doivent pas être pris en compte le pouvoir

³²⁸ Par ex., Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres ; Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation ; Décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne ; Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne.

³²⁹ Par ex., Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, article 5 ; Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 26 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, article 7.

³³⁰ Rapport annuel Eurojust, 2003, p. 62, URL : <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/fr.aspx>

de sanction des tribunaux, la facilité pour recouvrer le produit de l'infraction, le coût des poursuites ainsi que l'importance accordée par une affaire par un procureur haut placé ou par le ministère de la justice.

155. Portée actuelle. Ces quelques aspects de la coopération judiciaire mettent en lumière la capacité de l'Union européenne à renforcer la lutte contre la corruption en sortant du cadre d'un instrument juridique sectoriel. La formulation générale de l'article 9 n'aurait plus nécessairement besoin d'être modifiée aujourd'hui puisqu'il vise tout le déroulement de la procédure pénale et renvoie implicitement aux autres actes juridiques liant les États membres.

B. L'application transnationale du principe *ne bis in idem*

156. La coopération interétatique abordée ci-dessus n'est pas toujours fructueuse : un même individu est alors soumis au risque d'être poursuivi et jugé deux fois. La convention de Bruxelles est l'un des rares traités à consacrer une application transnationale du principe *ne bis in idem*, signe d'une confiance mutuelle grandissante dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Toutefois, son application reste conditionnée par de nombreuses exceptions (1), dont la validité est à présent remise en question par la Charte des droits fondamentaux (2).

1. Une application conditionnée par de nombreuses exceptions

157. De nombreuses limites ont été insérées afin de parvenir à un consensus respectueux des exigences constitutionnelles de chaque État membre (a). Or, n'ayant à tort émis aucune déclaration, la France est susceptible de se trouver dans une position juridique délicate (b).

a. Un abandon limité de souveraineté

158. Exécution effective des condamnations. Par conséquent, l'article 10, paragraphe 1 de la convention de Bruxelles pose, dans les situations où les juridictions de deux États membres sont concernées, le principe *ne bis in idem*³³¹ en y ajoutant une

³³¹ Il est fréquent que l'expression « *non bis in idem* » soit employée à la place de « *ne bis in idem* ». Il s'agit d'une confusion entre deux adverbes latins exprimant la négation. En latin, le « *ne* » est une négation

condition tenant à l'exécution effective des condamnations : « *une personne qui a été définitivement jugée dans un État membre ne peut être poursuivie pour les mêmes faits dans un autre État membre, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été exécutée, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon la loi de l'État de condamnation* ». La condition d'exécution de la sanction vient ici automatiquement limiter le principe *ne bis in idem* afin d'empêcher un individu condamné de se soustraire à sa peine en fuyant à l'étranger et en faisant échec à de nouvelles poursuites.

159. Sauvegarde de la souveraineté. Le paragraphe 2 de l'article 10 aménage une série d'exceptions limitativement déterminées qui n'ont cependant pas de caractère automatique : les États qui souhaitent en bénéficier doivent donc émettre les réserves correspondantes. Ces exceptions, dont le maintien en l'état est à présent remis en cause par la doctrine³³², sont destinées à sauvegarder la souveraineté nationale et ont, en ce sens, permis aux États membres de parvenir à un consensus. Elles apparaissent légitimes au regard du droit primaire qui impose aux États membres d'assurer un espace de protection élevé pour les citoyens de l'Union européenne³³³. Mais ces limitations semblent également traduire une absence de confiance mutuelle dans les décisions judiciaires étrangères.

160. Infraction commise sur son territoire. La première exception cherche à limiter l'atteinte à la compétence territoriale des juridictions : l'État membre n'est pas lié « *lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont eu lieu, en tout ou partie, sur son territoire* ». Il peut s'agir de l'une des situations les plus fréquentes : si l'infraction a été commise sur son territoire, le juge national souhaitera affirmer sa compétence, même si un jugement a déjà été rendu à l'étranger. Par conséquent, en raison de sa potentielle récurrence, il s'agit de l'exception la plus dangereuse pour le principe *ne bis in idem*, risquant de le vider de toute portée effective. Aussi, cette exception ne pourra pas jouer si les faits reprochés ont également eu lieu sur le territoire de l'État membre où le jugement a été rendu.

volitive, comparable à l'impératif français, qui convient donc mieux pour énoncer une règle de droit. Les conventions étudiées retenant la formulation adéquate, l'expression « *ne bis in idem* » sera la seule employée dans cette étude. V. A. ORLANDINI, « Négation et argumentation en latin », in *Grammaire fondamentale du latin*, t. VIII, éd. Peeters, Louvain, 2001, art. 27, cité par D. BERNARD, « Ne bis in idem – Protector of defendant's rights or jurisdictional pointsman ? », *Journal of international criminal justice*, vol. 9, n° 4, 2011, pp. 863 et s., note 1.

³³² Par ex., v. J. VERVAELE, « Ne Bis In Idem : Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU ? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 4, sept. 2013.

³³³ Cette obligation est explicitement affirmée à l'article K. 1 paragraphe 1 du Traité sur l'Union européenne dans sa version issue du Traité d'Amsterdam.

Le Professeur Didier Rebut remarque que les atteintes à la souveraineté peuvent être relativisées dans le cadre d'un accord international puisque celui-ci suppose une réciprocité d'application : « *cette réciprocité d'application opère une diminution mutuelle de souveraineté des États signataires, de sorte que l'éviction interne de la compétence territoriale est compensée par l'extension externe de la compétence nationale. Dans tous les cas, cette éviction ne place pas l'État en cause dans une position inférieure à l'État au profit duquel elle intervient, puisque la compétence territoriale de celui-ci est appelée à s'écarter, dans les mêmes conditions, devant sa compétence* »³³⁴. Cette analyse tend à démontrer que le principe *ne bis in idem*, dans le cadre d'un accord international, ne porte pas une atteinte démesurée à la souveraineté des États. Elle justifie l'abandon, du moins progressif, de l'exception relative au lieu de commission de l'infraction.

161. Infraction contre la sûreté ou d'autres intérêts également essentiels. La deuxième exception est appelée à jouer « lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger constituent une infraction contre la sûreté ou d'autres intérêts également essentiels de cet État membre ». Du fait de sa formulation vague, cette expression recouvre une réalité différente dans chaque État membre. Aussi, les États membres précisent généralement les infractions qu'ils estiment concernées.

162. Qualité de l'auteur de l'infraction. La troisième exception tient à la qualité de l'auteur de l'infraction : l'État membre n'est pas lié « lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont été commis par un fonctionnaire de cet État membre en violation des principes de sa charge ». Cette exception, déjà prévue par d'autres instruments de l'Union européenne, revêt une importance particulière dans le cadre de la répression de la corruption dans le secteur public, comme le souligne le rapport explicatif³³⁵. Elle correspond à l'infraction de corruption passive d'un fonctionnaire étranger qui, le plus souvent, aura commis celle-ci en violation des obligations de sa charge. Par conséquent, son importance est ici accrue.

163. Déclarations émises. Pourtant, les États membres ne semblent pas y avoir été particulièrement sensibles. En effet, sur les 15 États membres de l'Union européenne en 1997, seuls 8 se sont finalement prévalus d'au moins une réserve, dont 7 de la dernière

³³⁴ D. REBUT, *Droit pénal international*, coll. Précis, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 88.

³³⁵ Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, approuvé le 3 décembre 1998, *JOCE* C 391 du 15 déc. 1998, pp.1 et s.

exception. De surcroît, mis à part la Hongrie, les États ayant depuis adhéré à l'Union européenne et à la convention de Bruxelles n'ont émis aucune réserve en la matière.

Ce constat permet de relativiser la portée effective des limitations au principe *ne bis in idem*. D'une manière générale, les atteintes à ce principe sont toujours regrettables³³⁶. Au niveau étatique, il est vu comme un rempart contre l'arbitraire et limite les risques d'abus du *ius puniendi* de l'État. Il permet également de légitimer le système juridique d'un État de droit en assurant une sécurité juridique minimale : la situation d'une personne dont les actes ont fait l'objet d'une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de chose jugée ne doit plus pouvoir être remise en cause si les voies de recours sont épuisées. Dans le cadre des conventions de l'Union européenne, le principe permet surtout d'assurer la libre circulation des personnes qui n'ont pas à craindre de nouvelles poursuites dans un autre État membre.

Aussi, la diminution des exceptions est souhaitable. La majorité des États membres y ont d'ailleurs renoncé lors de la ratification de la convention de Bruxelles. Des réticences existent toujours, mais elles devraient être amoindries par le rapprochement du droit pénal substantiel et processuel dans l'Union européenne. Un mécanisme de réévaluation périodique aurait certainement permis de lever les réserves émises en suscitant des débats réguliers. Le mécanisme actuel prévu à l'article 15§2 de la convention de Bruxelles, qui invite les États qui le souhaitent à lever les réserves par une déclaration spontanée, n'a apparemment pas permis d'y mettre fin et de tenir compte de l'évolution de la confiance mutuelle des États membres.

164. Clause de déduction. Les dispositions suivantes de l'article 10 cherchent à amoindrir l'effet éventuel des exceptions. Si une personne est tout de même condamnée une nouvelle fois, la période de privation de liberté déjà effectuée en raison de ces faits devra impérativement être déduite de la nouvelle sanction prononcée. Cette « *clause de déduction* » ou « *règle d'imputation* » de la sanction, dictée par le respect du principe de proportionnalité, constitue le mécanisme le plus fiable pour réduire les conséquences du second jugement. Elle avait pourtant été écartée dans le cadre de la convention PIF et de

³³⁶ K. LIGETI, « Rules on the application of ne bis in idem in the EU », *eucri*, 2009, n° 1-2, p. 37 et s.

ses protocoles et sa réintroduction dans le cadre de la convention de Bruxelles constitue l'un des rares apports de cette dernière³³⁷.

Par ailleurs, il sera également tenu compte des sanctions autres que celles privatives de liberté qui ont été subies. À la différence de la règle d'imputation susmentionnée, cette disposition ne recevra application que dans la mesure où le droit interne de l'État membre le permet : elle n'a donc pas le même caractère impératif. Par exemple, la sanction devra exister dans les deux États membres concernés.

165. Exclusion des exceptions. Les exceptions ne pourront être soulevées si l'État membre concerné a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre État membre ou accordé l'extradition de la personne déjà condamnée ou acquittée.

166. Effets sur les autres accords internationaux. Avant d'étudier la portée du principe *ne bis in idem* après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'examen de l'article 10 *in fine* apparaît essentiel. Ce dernier peut avoir des conséquences importantes sur la situation juridique des États membres et notamment sur celle de la France.

L'article 10§5 de la convention de Bruxelles stipule : « les accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre les États membres en la matière et les déclarations y relatives ne sont pas affectés par le présent article ». La portée exacte de cette disposition peut être mieux appréhendée à travers l'étude d'un cas particulier.

En effet, le fait que la France n'ait émis aucune des réserves étudiées précédemment non seulement dans le cadre de l'article 10 de la convention de Bruxelles, mais aussi dans celui similaire de l'article 7 de la convention PIF et du premier protocole du 27 septembre 1996 est surprenant. Des auteurs³³⁸ confrontent ce choix à celui précédemment fait dans le cadre des articles 54 et suivants de la Convention d'application des accords de Schengen (ci-après, « convention Schengen ») du 19 juin 1990, où la France avait émis la réserve tenant au lieu de commission de l'infraction et celle tenant à la sûreté et aux autres intérêts également essentiels de l'État. À titre de rappel, la convention Schengen est l'un des premiers textes à poser l'application transnationale du principe *ne bis in idem* au sein de

³³⁷ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives. - Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, novembre 2007, point 91.

³³⁸ *Ibid.*, point 83.

l'Union européenne. Il est inspiré d'une tentative précédente qui n'a pas connu le même succès³³⁹.

167. Les exceptions au principe *ne bis in idem* de la convention Schengen ont bien été introduites dans notre ordre juridique puisqu'elles figurent au Journal Officiel de la République Française³⁴⁰, conformément aux prescriptions du droit positif³⁴¹. La publication des autres conventions confirme l'absence de réserves dans ces traités³⁴².

168. Il est alors possible de penser que la France a, par une intention louable, souhaité reconnaître une application large au principe *ne bis in idem* dans le cadre d'instruments sectoriels. Ainsi, la réserve relative au lieu de commission de l'infraction a été faite par l'ensemble des États adhérents dans le cadre de la convention Schengen³⁴³, mais n'a pas été systématiquement répercutée dans le cadre de la convention de Bruxelles³⁴⁴. Cette explication ne peut être entièrement écartée.

Toutefois, certains éléments laissent penser que l'exécutif, seul habilité à émettre des réserves³⁴⁵, aurait dû le faire : en effet, sa position officielle est que les réserves relèvent d'exigences constitutionnelles³⁴⁶. En outre, il est de jurisprudence constante, que si une

³³⁹ Convention entre les Etats membres des Communautés européennes relative à l'application du principe *ne bis in idem*, signée le 25 mai 1987.

³⁴⁰ D. n° 95-304 du 21 mars 1995 portant publication de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, *JORF*, 22 mars 1995, p. 4441.

³⁴¹ D. n° 53-192 du 14 mars 1953, relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, *JORF*, 15 mars 1953, p. 2436 ; D. n° 86-707 du 11 avril 1986 portant modification du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, *JORF*, 13 avr. 1986, p. 5427

³⁴² D. n° 2002-1499 du 18 décembre 2002 portant publication de la 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, faite à Bruxelles le 26 juillet 1995, *JORF*, 26 décembre 2002, p. 21612 ; D. n° 2003-355 du 15 avril 2003 portant publication du 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, fait à Dublin le 27 septembre 1996, *JORF*, 18 avril 2003, p. 6894 ; D. n° 2006-749 du 28 juin 2006 portant publication de la convention établie sur la base de l'article K. 3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, *JORF*, 30 juin 2006, p. 9778.

³⁴³ D. REBUT, *Droit pénal international*, coll. Précis, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 93.

³⁴⁴ V. *supra*, n° 163. .

³⁴⁵ Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, *JORF*, 31 mai 1997, p. 8415.

³⁴⁶ Réunion de la Délégation pour l'Union Européenne de l'Assemblée Nationale, *Examen de la communication sur le projet de décision-cadre relative au principe « non bis in idem » (E 2236)*, 13 novembre 2003, compte-rendu n° 64.

infraction s'est entièrement déroulée sur le territoire de la République française, le juge français affirmera sa compétence, y compris si un jugement définitif est déjà intervenu à l'étranger pour les mêmes faits³⁴⁷. Enfin, un instrument sectoriel n'est pas de nature à remettre en cause cette situation : en théorie, les exceptions tenant au lieu de commission de l'infraction et aux intérêts essentiels de l'État pourraient toutes les deux être amenées à jouer dans le cadre d'une affaire de corruption.

b. Une position incertaine de la France en l'absence de déclaration

169. La France a-t-elle entendu faire jouer l'article 10§5 de la convention de Bruxelles ? Celui-ci prévoit l'articulation du principe *ne bis in idem* avec les autres traités. Une lecture littérale conduit à penser qu'il suffit d'avoir conclu un autre accord en la matière avec un État membre pour que celui-ci prime automatiquement et en toute hypothèse à partir du moment où il risque d'être « affecté ». En l'espèce, les articles 54 et suivants de la convention Schengen semblent répondre à ces critères : il s'agit bien d'un accord multilatéral entre plusieurs États membres qui couvre les infractions pénales, dont la corruption, dans les situations d'application transnationale du principe *ne bis in idem*. Aussi, la France ayant déjà émis des réserves, elle estime qu'en cas de conflit elle pourra se prévaloir de la convention Schengen et éviter une application directe de l'article 10 de la convention de Bruxelles.

Le choix de la France apparaîtrait alors critiquable : on peut s'étonner d'une attitude qui consisterait à préférer une situation juridique vague, là où il était facile de réitérer des réserves. L'Autriche s'est ainsi prévalu de réserves dans le cadre de la convention Schengen³⁴⁸ et n'a pas hésité à les réitérer dans le cadre de la convention de Bruxelles. Ensuite parce qu'en 1997, tous les États membres ne pouvaient pas se voir opposer les articles 54 et suivants de la convention Schengen. La France aurait donc admis, en fonction de l'État membre concerné, de pouvoir user des exceptions ou de devoir y renoncer. En réalité, la situation juridique française est beaucoup plus précaire et ne résulte pas nécessairement d'un choix.

³⁴⁷ Cass. crim., 21 mars 1862, *Bull. crim.* 1862, n° 90. V. à ce propos D. BOCCON-GIBOD, « Non bis in idem : une peine prononcée et subie à l'étranger à raison de faits commis en France s'impute sur l'exécution de celle qui sera éventuellement prononcée en France pour les mêmes faits », *RSC*, 2013, p. 857.

³⁴⁸ *Journal Officiel Fédéral autrichien (BGBl.)* III, n° 90, 27 mai 1997, p. 2048.

170. Pour la comprendre, la véritable portée à l'article 10§5 doit être restituée. Or, pour y parvenir, le rapport explicatif de la convention de Bruxelles n'est pas utile puisqu'il se contente d'une redite. Seul le rapport explicatif de la convention PIF³⁴⁹ donne des précisions.

Il faut donc préalablement déterminer si ce rapport explicatif permet d'expliquer valablement une disposition de la convention de Bruxelles, instrument juridique autonome. Plusieurs raisons militent en ce sens : tout d'abord, les dispositions des deux conventions susmentionnées sont presque identiques. Ensuite, à défaut d'être contraignants, les rapports explicatifs constituent la seule interprétation officielle approuvée par le Conseil. On peut donc penser que, en l'absence d'indication contraire, les rédacteurs ont entendu donner le même sens à la même expression d'un instrument à l'autre.

En l'espèce, le rapport explicatif de la convention PIF fournit des éclaircissements précieux sur l'esprit des rédacteurs lorsqu'ils ont inséré cette disposition. En premier lieu, les États membres sont contraints de renouveler les réserves déjà faites dans le cadre des autres instruments s'ils souhaitent continuer à les appliquer. En second lieu, ils ne pourront pas déposer une réserve qui n'aurait pas déjà été faite dans les instruments précédents.

171. L'intérêt de l'article 10§5 n'est donc pas de permettre aux États de se prévaloir des réserves qu'ils auraient formulées dans d'autres traités. Il permet essentiellement de déroger au droit supplétif : l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités adoptée le 23 mai 1969³⁵⁰, prévoit l'application de la règle *posterior derogat priori*, combinée dans la pratique avec la règle *specialia generalibus derogant*³⁵¹, lorsqu'il existe deux traités successifs portant sur la même matière. Il en aurait résulté une application systématique des conventions postérieures et certains États auraient pu saisir l'opportunité de restreindre leurs précédents engagements.

³⁴⁹ Rapport explicatif de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvé le 26 mai 1997, *JOCE C* 191 du 23 juin 1997, pp. 1 et s.

³⁵⁰ La France a voté contre l'adoption de ce traité, mais dans les faits se considère liée par les dispositions analysées. Sa réticence vient surtout du *jus cogens*. V. E. DECAUX, « Déclarations et conventions en droit international », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, note 1.

³⁵¹ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, coll. Précis Droit public – Science politique, 11^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 343.

À titre d'exemple, la clause de déduction des peines privatives de liberté déjà subies, absente de la convention PIF, mais présente dans la convention Schengen, devrait s'appliquer pour les États signataires des deux instruments, y compris dans les hypothèses de fraude aux intérêts financiers. La nécessité pour les États membres de renouveler les réserves dans la limite de leur précédent choix est donc bien dans l'esprit de ces dispositions.

172. L'absence de réserves françaises pourrait avoir une cause plus originale, révélée lors de l'examen de la proposition hellénique devant le Parlement français. L'exécutif français aurait, lors de la ratification de la convention Schengen, émis des réserves, mais aurait « oublié » de les transmettre au dépositaire de la convention³⁵². Cette erreur administrative n'est pas neutre : les réserves ont été régulièrement introduites en droit interne, mais ne sont pas valides, car elles n'ont pas été portées à la connaissance des autres États membres signataires. L'invalidité formelle de la réserve la prive de tout effet juridique au plan international et fait, en principe, échec à l'application de l'article 55 de la Constitution française.

173. Si la France n'a pas émis de réserves dans le cadre de la convention Schengen, elle n'était plus en mesure d'en émettre dans le cadre de la convention de Bruxelles pour les raisons étudiées précédemment.

174. Les démarches de l'exécutif pour y remédier sont encore plus incertaines. En effet, en 2003, les parlementaires reprochaient au gouvernement de chercher à sortir de cette situation grâce à la proposition de décision-cadre susmentionnée et de ne pas avoir cherché à régulariser l'erreur commise directement dans le cadre de la convention Schengen³⁵³. Techniquement, cette suggestion n'est pas dénuée de sens³⁵⁴. Par ailleurs, malgré son erreur, l'exécutif a continué de voir certaines réserves comme une obligation de nature constitutionnelle, afin notamment de renforcer sa position lors de la négociation d'autres instruments internationaux³⁵⁵.

³⁵² Document du Conseil, Projet de décision-cadre relative à l'application du principe "non bis in idem", n° 13281/1/03, 17 octobre 2003.

³⁵³ Réunion de la Commission Justice et Affaires intérieures du Sénat, Examen de la communication et proposition de résolution de M. Pierre FAUCHON sur le projet de décision cadre relative à l'application du principe "non bis in idem" (E 2236), 18 novembre 2003.

³⁵⁴ V. *infra*, n° 177.

³⁵⁵ Réunion de la Délégation pour l'Union Européenne de l'Assemblée Nationale, *Examen de la communication sur le projet de décision-cadre relative au principe « non bis in idem »* (E 2236), 13 novembre 2003, compte-rendu n° 64.

175. Cette situation précaire conduit à s'interroger sur la valeur de ces exceptions au regard du droit français. En effet, si le Conseil constitutionnel n'a pas, lors de son examen de la convention Schengen³⁵⁶, relevé d'exigence constitutionnelle, le Gouvernement a, à la suite d'une demande parlementaire, saisi le Conseil d'État.

Dans un avis en date du 29 avril 2004, le Conseil d'État a estimé qu'il serait contraire à la Constitution d'empêcher les juridictions nationales de réprimer les infractions se rattachant aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, même si un jugement définitif est déjà intervenu sur les mêmes faits dans un autre État membre³⁵⁷. Les infractions ici visées sont celles du titre premier du livre IV du Code pénal qui a pour objet les « *atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation* ». L'une des exceptions aurait donc bien une valeur constitutionnelle, et l'État avait l'obligation de procéder à la réserve correspondante.

L'avis du Conseil d'État n'a qu'une valeur consultative, mais il s'appuie sur une jurisprudence ancienne du Conseil constitutionnel³⁵⁸. Ce dernier avait estimé qu'un engagement international ne doit pas être incompatible avec « *le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République* » et la « *continuité de l'État* » (l'expression exacte est « *continuité de la vie de la nation* ») et ne doit pas ainsi porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale. Cette dernière notion paraît, encore aujourd'hui, particulièrement vague³⁵⁹. Cependant, en l'espèce, même si l'on retient une acception restrictive de la notion, il semble difficilement contestable que les infractions susmentionnées sont concernées.

176. Que l'abandon des réserves soit volontaire ou non, le juge français ne peut désormais plus écarter l'application du principe *ne bis in idem* dans le cadre d'une affaire de corruption qui implique un autre État membre en faisant jouer l'article 10§2 de la convention de Bruxelles. Il devra opérer un revirement de jurisprudence lorsque les faits ont eu lieu exclusivement en France.

³⁵⁶ Décision du Conseil Constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991, Rec. p. 91, *JORF*, 27 juill. 1991, p. 10001.

³⁵⁷ CE, Ass. Gén., 29 avril 2004, avis n° 370-136, points 2.2 et 3.3.

³⁵⁸ Décision du Conseil Constitutionnel n° 85-188 du 22 mai 1985, Rec. p. 15, *JORF*, 23 mai 1985, p. 5795.

³⁵⁹ L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme (abolition de la peine de mort) », *Annuaire français de droit international*, vol. 31, 1985, pp. 868 et s.

177. Dans le prolongement de cette observation, l'incertitude entourant les articles 54 et suivants de la convention Schengen doit être réglée. Dans un arrêt en date du 3 décembre 1998, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà fait application de l'une des réserves susmentionnées. Or, la solution de l'arrêt aurait pu différer si les juges du droit avaient eu connaissance de l'invalidité, au plan international, de ces réserves.

La France pourrait, juridiquement, envisager plusieurs options : soit engager une révision constitutionnelle soit émettre une réserve tardive. Cette dernière éventualité, déjà choisie avec succès par le passé³⁶⁰, suppose l'accord unanime, tacite ou exprès, des autres États membres. S'agissant d'une erreur presque matérielle, elle serait en tout état de cause justifiée. Elle ne semble pas avoir été mise en œuvre jusqu'à présent. Près de vingt ans après l'entrée en vigueur de la convention Schengen, cette situation pourrait également amener la France à proposer un nouveau texte en la matière.

178. Interprétation. Indépendamment des enjeux qui entourent les réserves, les cas d'application du principe *ne bis in idem* méritaient d'être précisés. En effet, la convention de Bruxelles n'explique ni ce qu'elle entend par l'expression « *même faits* » (le *bis*) ni ce qu'elle inclut dans l'expression « *définitivement jugée* » (l'*idem*). Or, l'article 12 ne prévoit pas la possibilité pour les États membres de saisir la CJUE d'une question préjudicielle relative à l'interprétation du principe *ne bis in idem*.

Ces notions n'ont pu être affinées qu'à travers la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne relative aux articles 54 et suivants de la convention Schengen. En effet, l'acquis Schengen a été intégré au droit primaire de l'Union européenne par le traité d'Amsterdam et se retrouve aujourd'hui dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne³⁶¹. La Cour de Justice est alors devenue compétente pour juger l'application des articles précités³⁶². La proximité textuelle qui unit la convention Schengen avec la convention de Bruxelles permet, par analogie, de connaître l'interprétation qu'il convient de retenir dans les deux cas. Aussi, les études de jurisprudence, régulièrement publiées sur ce sujet³⁶³, peuvent être valablement utilisées.

³⁶⁰ Par exemple, le Mozambique à la Convention des Nations-Unies contre la corruption ou la Belgique à la convention de 1969 sur le droit des traités ; Rapport de la Commission du droit international de l'ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 63^{ème} session, A/66/10, add. 1, p. 195, note 692.

³⁶¹ Protocole n° 19 au traité de Lisbonne sur l'acquis Schengen intégré dans le cadre de l'Union Européenne.

³⁶² V. D. REBUT, *Droit pénal international*, coll. Précis, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 96.

³⁶³ V. A. WEYEMBERGH, « La jurisprudence de la CJ relative au principe *ne bis in idem* : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *La Cour de Justice et la Construction de*

2. Une suppression des exceptions par la Charte des droits fondamentaux ?

179. Charte des droits fondamentaux. Les enjeux relatifs au maintien des limitations ont connu un nouvel essor avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne³⁶⁴. En effet, le principe *ne bis in idem* se retrouve aujourd'hui, dans des termes plus larges, à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et ne prévoit aucune dérogation : « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ». Or, la Charte des droits fondamentaux, annexée au traité de Lisbonne, a acquis force obligatoire depuis le 1^{er} décembre 2009³⁶⁵. La Charte est ainsi incorporée dans le droit primaire de l'Union qui, formellement, a une valeur supérieure aux conventions du troisième pilier.

La Charte des droits fondamentaux ne vient-elle pas modifier la portée du principe *ne bis in idem* contenu dans la convention de Bruxelles ? En effet, les États membres peuvent-ils toujours se prévaloir des réserves émises ? La condition liée à l'exécution définitive des condamnations est-elle toujours applicable ?

180. Avant de pouvoir répondre à ces questions, deux vérifications s'imposent : d'une part, aucun autre traité ne doit venir déjà modifier la portée du principe *ne bis in idem* et, d'autre part, la Charte des droits fondamentaux doit être applicable aux situations couvertes par la convention de Bruxelles.

181. S'agissant du premier de ces enjeux, la plupart des conventions ne traitent pas du principe *ne bis in idem* dans son application internationale. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'article 4 du protocole n° 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984 vise effectivement le principe *ne bis in idem*, mais uniquement au plan national c'est-à-dire lorsque les juridictions d'un même État pourraient être amenées à juger un individu en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou jugé par un jugement définitif.

l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, éd. Asser Press, La Haye, 2013, pp. 539 et s. ; S. STEIN, « Le principe *ne bis in idem* dans l'Union européenne », *AJ Pénal*, 2011, pp. 443 et s.

³⁶⁴ À ce propos, v. égal. les conclusions de l'avocat général Bot sous CJUE, Gde Ch., 19 juin 2016, Procédure pénale contre Piotr Kossowski, aff. C-486/14 (ECLI:EU:C:2016:483).

³⁶⁵ TUE (Lisbonne), art. 6§1.

Les articles 53 et suivants de la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 et les articles 35 et suivants de la convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972 prévoient une application transnationale du principe. Toutefois, ces conventions prévoient aussi des exceptions et, peu de pays les ayant ratifiées³⁶⁶, leur portée est faible.

Les autres instruments du Conseil de l'Europe en la matière ont pour objet essentiel d'organiser les conditions dans lesquelles un État peut refuser une demande de coopération³⁶⁷.

Adoptant une formulation générale, l'article 14 paragraphe 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé le 16 décembre 1966 pourrait, en théorie, s'appliquer à une situation transnationale : « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ». En pratique, cet article conserve une portée incertaine³⁶⁸. Le Comité des Droits de l'Homme limite la portée de l'article 14§7 aux situations nationales³⁶⁹, mais il faut relever que son avis n'est pas contraignant à l'égard des signataires.

Les États membres, qui n'ont pas hésité à apporter des restrictions à l'application transnationale du principe *ne bis in idem* dans les traités postérieurs, semblent se tenir à cette interprétation. Certaines juridictions nationales qui ont eu à connaître du texte ont, à l'exemple de la France, également estimé qu'il était dépourvu de portée internationale³⁷⁰.

En outre, la convention de Bruxelles est le seul traité relatif à la lutte contre la corruption et applicable aux États européens qui prévoit la mise en œuvre du principe *ne bis in idem* : il traduit une confiance mutuelle, certes limitée, mais plus forte que dans le cadre des autres organisations internationales.

³⁶⁶ Au 1^{er} janvier 2014, parmi les États signataires également membres de l'UE, seuls douze ont ratifié la convention de 1970 et treize la convention de 1972.

³⁶⁷ Article 9 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et article 2 de son protocole additionnel du 15 octobre 1975.

³⁶⁸ M. PRALUS, « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem* : non bis », *RSC*, 1996, pp. 551 et s., para. 23 et 24.

³⁶⁹ Comité des droits de l'homme, 2 novembre 1987, *I.P. v. Italy*, décision d'admissibilité sur la communication n° 204/1986, point 7.3, URL : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SelDec_2_en.pdf

³⁷⁰ Cass. crim., 17 mars 1999, n° 98-80.413, *Bull. crim.* 1999, n° 44, p. 104 ; Cass. crim., 23 octobre 2013, n° 13-83.499, *Bull. crim.* 2013 n° 201.

182. S'agissant du second de ces enjeux, l'applicabilité de la Charte, qui n'est pas, comme l'a récemment rappelé la Cour de Justice de l'Union Européenne³⁷¹, une « *auberge espagnole* » contentieuse³⁷², doit être vérifiée. Il résulte de son article 51§1 que la Charte ne s'applique que lorsque les États membres³⁷³ mettent en œuvre le droit de l'Union. La portée de cette disposition a été récemment précisée par l'arrêt Åkerberg Fransson en date du 26 février 2013³⁷⁴, où la Cour de Justice a dû s'interroger sur sa compétence pour apprécier, au regard de l'article 50 de la Charte, s'il est possible de cumuler les sanctions fiscales et pénales pour les mêmes faits comme le prévoit la loi suédoise. Les juges ont rappelé que les dispositions de la Charte ne peuvent à elles seules fonder leur compétence : la réglementation nationale en cause doit nécessairement entrer dans le champ d'application du droit de l'Union. En revanche, la réglementation nationale ne doit pas nécessairement avoir pour origine la transposition d'un instrument de l'Union européenne : « *le fait que les réglementations nationales qui servent de fondement auxdites sanctions fiscales et poursuites pénales n'aient pas été adoptées pour transposer la directive 2006/112 ne saurait être de nature à remettre en cause cette conclusion, dès lors que leur application tend à sanctionner une violation des dispositions de ladite directive et vise donc à mettre en œuvre l'obligation imposée par le traité aux États membres de sanctionner de manière effective les comportements attentatoires aux intérêts financiers de l'Union* »³⁷⁵.

183. Il résulte de cette acception large de l'article 51 que, si un État membre souhaite poursuivre un individu déjà jugé pour des faits couverts par la convention de Bruxelles, la Cour de Justice devrait être compétente pour interpréter à la lumière de la Charte ces dispositions de mise en œuvre du droit de l'Union. Pour affirmer sa compétence, elle

³⁷¹ CJUE, 8e ch., 6 juin 2013, Genia Ivanova Cholakova c/ Osmo rayonno upravlenie pri Stolichna direksia na vatreshnite raboti, aff. C-14/13 (ECLI:EU:C:2013:374).

³⁷² A. RIGAUX, « De quelques suggestions de nature à résorber l'inflation des ordonnances d'irrecevabilité manifeste des questions préjudicielles fondées sur une appréciation erronée par le juge de renvoi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *Europe*, août 2013, n° 8, comm. 337.

³⁷³ La Charte des droits fondamentaux s'applique ici à tous les États membres y compris au Royaume-Uni, à la Pologne et à la République Tchèque. V. CJUE, 21 déc. 2011, N. S. c/ Secretary of State for the Home Department, C-411/10 (ECLI:EU:C:2011:865), Rec. 2011, p. 865, point 120 ; F. BENOIT-ROHMER, « Champ d'application de la Charte, droit d'asile et protocole n° 30 relatif à l'application de la Charte au Royaume-Uni et à la Pologne », *RTD Eur.*, 2012, p. 401 ; V. également la Déclaration n° 53 de la République Tchèque sur la Charte des droits fondamentaux annexée au Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

³⁷⁴ CJUE, Gde Ch., 26 février 2013, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 (ECLI:EU:C:2013:105).

³⁷⁵ *Ibid.*, point 28.

pourrait se fonder directement sur les dispositions de la convention et éventuellement, sur l'article 83§2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui vise l'infraction de corruption voire, le cas échéant, sur l'article 325 du même traité qui vise la fraude aux intérêts financiers.

L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux a donc bien vocation à être confronté aux réglementations nationales apportant des limitations au principe *ne bis in idem* et autorisées dans le cadre de la convention étudiée.

184. Une partie de la doctrine a tout d'abord cherché à raisonner uniquement à partir de l'article 50 de la Charte. Un auteur a avancé, pour la réserve relative à l'exception de territorialité (correspondant à l'article 10, §2, point a, de la convention de Bruxelles), que la rédaction de la Charte des droits fondamentaux « *impose donc, sans exception ni limite, d'attribuer l'autorité de la chose jugée aux jugements pénaux rendus dans les autres États membres* »³⁷⁶. Les autres réserves n'ayant pas fait l'objet d'une analyse équivalente, la position de l'auteur à ce sujet reste incertaine³⁷⁷. Par ailleurs, des auteurs ont douté de l'abandon de la condition tenant à l'exécution des condamnations, mais n'ont pas justifié cette appréciation³⁷⁸.

185. La formulation concise de l'article 50 de la Charte ne permet pas à elle seule d'affirmer l'abandon partiel ou total des limitations. La Charte elle-même impose de les confronter à l'article 52§1, relatif à la portée et interprétation des droits et principes, qui énonce : « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

Par conséquent, l'article 52§1, qui a vocation à s'appliquer à tous les droits reconnus par la Charte, pose quatre critères : les limitations doivent être prévues par la loi, respecter le contenu essentiel des droits et libertés de la Charte, respecter les principes de proportionnalité et de nécessité.

³⁷⁶ D. REBUT, *Droit pénal international*, coll. Précis, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 93.

³⁷⁷ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Effets en France des décisions répressives étrangères. – Autorité de la chose jugée », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 404-10, mai 2013, point 63.

³⁷⁸ *Ibid.*, point 66.

186. La Cour fédérale de justice allemande, a estimé, dans une décision du 25 octobre 2010³⁷⁹, que les limites prévues dans la convention Schengen sont conformes à l'article 52§1 en s'appuyant essentiellement sur les explications relatives au projet de Charte³⁸⁰. En effet, ces dernières invitaient à maintenir le précédent régime : « *les exceptions très limitées par lesquelles ces conventions permettent aux États membres de déroger à la règle "non bis in idem" sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, paragraphe 1, sur les limitations* ».

Cette position a par la suite été confirmée par une décision du 1^{er} décembre 2010³⁸¹, puis par un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, en date du 15 décembre 2011³⁸². Dès lors, une partie de la doctrine allemande continue de raisonner uniquement à partir du régime prévu par la convention Schengen³⁸³.

187. Pourtant, une appréciation concrète des dispositions de la convention de Bruxelles apparaît obligatoire. La solution des juridictions allemandes doit être relativisée : elle ne s'impose pas aux autres États membres et s'appuie sur un document du *Présidium* n'ayant aucune force contraignante à l'égard des États membres.

Aussi, en s'appuyant sur les critères de l'article 52§1 de la Charte, une autre partie de la doctrine a remis en cause la compatibilité de la Charte avec les limitations de la convention Schengen. Concernant les conditions liées à l'exécution d'une décision définitive de condamnation, certaines précisions semblent indispensables pour que les critères de nécessité et de proportionnalité soient réalisés³⁸⁴.

La question du maintien de la condition d'exécution, notamment au regard du critère de nécessité, se pose. Le livre vert de la Commission³⁸⁵ soulignait déjà que la condition d'exécution est nécessaire dans un système d'entraide judiciaire classique, car elle permet de remédier aux difficultés de faire exécuter une sanction dans les autres États membres, mais qu'elle ne semble plus justifiée dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

³⁷⁹ BGH, décision du 25 octobre 2010 – 1 StR 57/10.

³⁸⁰ Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 19 octobre 2000, *JOCE* C 303 du 14 déc. 2007, pp. 17 et s.

³⁸¹ BGH, décision du 1^{er} décembre 2010 – 2 StR 420/10

³⁸² BverfG, 2 BvR 148/11.

³⁸³ S. STEIN, « Le principe ne bis in idem dans l'Union européenne », *AJ Pénal*, 2011, pp. 443 et s.

³⁸⁴ A. WEYEMBERGH, « La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, éd. Asser Press, La Haye, 2013, p. 555.

³⁸⁵ Livre vert de la Commission européenne, Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales, 23 déc. 2005, COM(2005) 696 final, point 3.

L'adoption de plusieurs instruments par l'Union européenne confirme cette analyse. Pour les peines privatives de liberté, la décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté³⁸⁶ permet effectivement de s'assurer qu'une personne condamnée ne puisse pas fuir dans un autre pays de l'Union européenne pour échapper à sa sanction. L'article 7 de la décision-cadre précitée prévoit même l'exécution de la sanction, sous certaines conditions, sans contrôle de la double incrimination pour les infractions de corruption. On peut également penser à certaines dispositions du mandat d'arrêt européen³⁸⁷ et aux instruments permettant d'assurer l'exécution des mesures ou sanctions autres que privatives de liberté³⁸⁸.

Quant aux exceptions au principe *ne bis in idem*, elles pourraient être jugées comme portant atteinte au respect du contenu essentiel de celui-ci : « *ces dérogations donnent la priorité aux intérêts des États et à des considérations liées à la défense de leur souveraineté nationale par rapport aux droits fondamentaux et à la réalisation d'un espace de justice au sein de l'UE* »³⁸⁹.

Dans le prolongement, une décision du Tribunal de Milan, en date du 6 juillet 2011, s'est fondée sur « *l'applicabilité immédiate et directe* » de l'article 50 de la Charte, pour écarter l'application des dérogations fondées sur l'article 55 a) de la convention Schengen³⁹⁰. Ce jugement vient surtout renforcer l'incertitude autour de l'articulation entre les conventions du troisième pilier et la Charte et met en exergue l'absence de consensus.

188. Même si la doctrine défendant l'idée d'une vérification nécessaire de la conformité des limitations aux critères posés par la Charte semble plus convaincante, car elle ne se contente pas de la lire en surface, une certaine prudence s'impose. L'intégration

³⁸⁶ Décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne.

³⁸⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 3.

³⁸⁸ Décision-cadre 2005/214/JAI du 25 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation ; Décision-cadre 2008/947/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

³⁸⁹ A. WEYEMBERGH, *op. cit.*, p. 556.

³⁹⁰ Tribunal de Milan, 6 juillet 2011, Walz, N. 12396/92 RG N.R., N. 3531/94 RG G.I.P.

de la Charte dans le droit primaire de l'Union européenne n'a pas eu pour effet certain de modifier la portée de l'article 10 de la convention de Bruxelles. Les premières décisions allemandes rendues à ce sujet retiennent une interprétation contraire et ont, *a minima*, permis de souligner la nécessité de saisir la CJUE. Or, dans les affaires susmentionnées, les juges nationaux qui disposent d'une appréciation souveraine en la matière n'ont pas estimé opportun de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice. À ce jour, la CJUE n'a donc toujours pas été en mesure de trancher la question.

189. En outre, certains éléments pourraient inciter la CJUE à se montrer réservée. En premier lieu, de fortes divergences subsistent concernant l'abandon des limitations, comme en témoigne l'échec de la proposition hellénique suivi par la mise en place d'un livre vert par la Commission, mais également les récentes jurisprudences des juridictions allemandes et italiennes postérieures à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne³⁹¹.

En deuxième lieu, il n'est pas certain que la CJUE interprète la Charte comme faisant échec à l'ensemble des limitations au principe *ne bis in idem*. L'exception relative au principe de territorialité ne serait pas nécessairement traitée de la même manière que les exceptions tenant au caractère public de l'auteur ou de la cible de l'infraction. L'article 52§1 de la Charte invite à une casuistique qui semble exclure la remise en cause générale de ces limitations. De plus, la CJUE pourrait distinguer les infractions contre la sûreté de l'État et les autres intérêts également essentiels de celui-ci et ainsi procéder au découpage d'une même exception. Il faudrait alors se pencher essentiellement sur la méthodologie retenue.

En effet, en troisième lieu, l'analyse des atteintes au principe *ne bis in idem* par le filtre des critères posés par la Charte apparaît juridiquement rigoureux. Toutefois, l'article 52§7 de la Charte dispose expressément que « *les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres* » et l'article 6 TUE, dans sa version postérieure au traité de Lisbonne, dispose, entre autres, que « *les droits et libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions* ». Sur ces deux fondements, la Cour de Justice de l'Union

³⁹¹ V. *supra*, n^{os} 186. -188.

européenne a, à plusieurs reprises, tenu compte des explications relatives à la Charte pour interpréter celle-ci³⁹². S'il est simplement fait obligation à la CJUE d'en tenir compte, ce qui ne modifie pas en soi leur valeur juridique, l'article 52§7 de la Charte permet de douter de la solution que dégagerait la CJUE.

190. Conséquences de la suppression des exceptions. En tout état de cause, si le principe même d'une limitation au *ne bis in idem* peut sembler regrettable en ce qu'elle expose un individu à une double sanction pour les mêmes faits, l'article 52§1 de la Charte laisse entrouverte une telle possibilité : mettre fin à toutes les limitations obligerait certains États membres à opérer des modifications importantes, voire constitutionnelles (à l'exemple de la France³⁹³).

191. Sécurité juridique. Faire dépendre l'évolution du principe *ne bis in idem* d'une hypothétique saisine de la CJUE crée une insécurité juridique préjudiciable à la mise en œuvre d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'élaboration d'un texte autonome en la matière apparaît donc préférable et permettrait de se pencher sur certaines contributions³⁹⁴.

La résolution du Parlement européen du 25 novembre 2009 permettait de penser qu'un texte serait proposé puisque constituait l'une des priorités en matière de justice pénale « *un solide encadrement juridique garantissant le respect du principe ne bis in idem* »³⁹⁵. Mais le programme de Stockholm ne mentionne finalement plus explicitement le principe³⁹⁶.

Les enjeux relatifs au principe *ne bis in idem* sont donc amenés à perdurer, même si ce principe ne constitue qu'un filet de sécurité dans l'hypothèse où tous les mécanismes

³⁹² CJUE, 2e Ch., 22 décembre 2010, DEB, aff. C-279/09 (ECLI:EU:C:2010:811), Rec. 2010 I, p. 13849, point 32 ; CJUE, Gde Ch., 26 février 2013, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 (ECLI:EU:C:2013:105), point 20.

³⁹³ V. *supra* n^{os} 175. -177.

³⁹⁴ V. notamment R. ROTH, « Ne bis in idem transnational : vers de nouveaux paradigmes ? », in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace européen*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009 ; J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive - étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, M. DELMAS-MARTY (dir.), th. Paris I, 2005, 615 p.

³⁹⁵ Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2009 sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens – programme de Stockholm, P7_TA(2009)0090, point 112.

³⁹⁶ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115 du 4 mai 2010, pp. 1 et s.

de coopération ont échoué. La coopération devrait permettre de centraliser les poursuites en amont. Le consensus dégagé autour des problématiques de litispendance a permis l'adoption d'une décision-cadre relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales³⁹⁷. On peut cependant regretter que les deux problématiques aient été déconnectées : le principe *ne bis in idem* n'y est qu'évoqué alors qu'il aurait pu faire l'objet de discussions approfondies dans le cadre de cet instrument, entré en vigueur un jour avant le traité de Lisbonne.

SECTION III. Un faible contrôle juridictionnel

192. Nécessité d'une disposition expresse. Le contrôle susceptible d'être exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes³⁹⁸ (CJCE) est fixé l'article 12 de la convention de Bruxelles. La nécessité d'une telle disposition résulte du traité de Maastricht qui limitait, voire excluait, tout contrôle de la CJCE concernant les actes du troisième pilier. De manière facultative, seules les conventions étaient concernées : « *ces conventions peuvent prévoir que la Cour de justice est compétente pour interpréter leurs dispositions et pour statuer sur tout différend concernant leur application, selon les modalités qu'elles peuvent préciser* »³⁹⁹.

193. Atteinte à la souveraineté. Ce cadre restreint était la conséquence d'une scission entre les États membres qui souhaitaient que soit reconnue une compétence large de la CJCE à des fins d'harmonisation et les États membres qui voyaient dans une telle compétence une atteinte à leur souveraineté, refusant de prendre le risque d'être confrontés à une jurisprudence extensive par la suite : « *il faut en effet bien saisir que le dispositif établi dans le troisième pilier concernant le contrôle judiciaire est perçu par un certain nombre d'États membres (au premier desquels figure le Royaume-Uni) comme signifiant qu'une différence radicale sépare le pilier communautaire du troisième pilier. En d'autres termes, la compétence de la Cour de Justice est de principe dans le premier cas, tandis qu'elle ne peut être qu'exceptionnelle dans le second. En conséquence, toute*

³⁹⁷ Décision-cadre 2009/948/JAI du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales.

³⁹⁸ À la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) est devenue la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). La présente étude respectera la terminologie en fonction de la période considérée.

³⁹⁹ TUE (Maastricht), art. K.3, 2, c).

incursion de la Cour destinée à procéder au contrôle de l'interprétation et de l'application des conventions ne pourrait que porter atteinte au caractère intergouvernemental du troisième pilier, s'assimiler à une "communautarisation rampante", dont les effets de contamination gommeraient à terme la spécificité du pilier de flanquement »⁴⁰⁰. Aussi, certains États membres restaient hostiles au contrôle de la CJCE y compris dans le cadre des conventions internationales, le caractère facultatif des dispositions du traité de Maastricht leur offrant la possibilité de réitérer leur position lors de la négociation de chaque instrument.

194. Conformément au traité de Maastricht, les États membres ont donc reconnu une compétence limitée de la CJCE pour trancher les différends entre États membres et interpréter la convention de Bruxelles (I). Toutefois, le traité de Lisbonne a reconnu de nouvelles compétences à la Cour de Justice y compris, à l'issue d'une période transitoire, sur les anciens actes du troisième pilier. Or, l'extension de ces nouvelles compétences à la convention de Bruxelles reste incertaine (II).

I. La reconnaissance d'un contrôle limité de la CJCE

195. Obstacles. Avant le traité d'Amsterdam⁴⁰¹, chaque convention du 3^{ème} pilier devait fixer la compétence de la Cour de Justice. La rédaction de l'article 12 de la convention de Bruxelles est en majorité inspirée par le « *schéma type des compétences de la Cour pour les Conventions du 3^{ème} pilier, arrêté lors du Conseil Européen de juin 1995* »⁴⁰², lui-même intégré en deux temps dans la convention PIF et ses protocoles. En effet, la réticence du Royaume-Uni exprimée notamment lors des débats relatifs à la convention EUROPOL⁴⁰³, signée le même jour que la convention PIF, a contraint les États membres à repousser la question de la compétence de la Cour de Justice à une date

⁴⁰⁰ J. ROSSETTO, « Le contrôle judiciaire dans le troisième pilier du traité sur l'Union européenne », *Droit et Défense*, n° 2, 1996, p. 56.

⁴⁰¹ V. *infra*, n° 209.

⁴⁰² F. ROUCHEREAU, « Article 34 (ex-article K. 6) », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 104.

⁴⁰³ Convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police, signée le 26 juillet 1995, en vigueur le 1^{er} octobre 1998, JOCE n° C 316 du 27/11/1995, p. 2 et s.

ultérieure⁴⁰⁴. C'est la raison pour laquelle la convention PIF et son premier protocole, qui ne visent que les différends entre, d'une part, les États membres et la Commission et, d'autre part, les États membres entre eux, ont par la suite été complétés par un protocole ouvrant la possibilité pour les juridictions nationales de poser une question préjudicielle⁴⁰⁵.

La reprise du schéma type des compétences des conventions du 3^{ème} pilier (A) a permis de subordonner la compétence préjudicielle de la Cour de Justice à l'émission de déclarations qui se sont avérées hétérogènes, et parfois imprécises (B).

A. La reprise du schéma type des compétences des conventions du 3^{ème} pilier

196. Différend sur l'application ou l'interprétation. Les recours prévus à l'article 8 de la convention PIF et repris, presque à l'identique, par l'article 8 du premier protocole PIF et par les paragraphes 1 et 2 de l'article 12 la convention de Bruxelles, ont ainsi suscité moins de débats puisqu'ils tendent à préserver le caractère intergouvernemental du troisième pilier. En effet, tout différend entre États membres lié à l'interprétation ou à l'application de la convention et qui n'a pu être résolu bilatéralement doit être examiné dans un premier temps par le Conseil selon la procédure prévue au titre VI du traité sur l'Union européenne. Ce n'est que si aucune solution n'est trouvée au bout de six mois que l'une des parties a la possibilité de saisir la CJCE. Concernant les différends entre la Commission et les États membres, il est possible pour l'une des parties de saisir la CJCE si la voie de la négociation a préalablement échoué.

197. Renvoi préjudiciel. Les apports du protocole CJCE se retrouvent également, avec quelques variantes⁴⁰⁶, dans la convention de Bruxelles. Ainsi, tout État membre peut, par une déclaration faite au moment de la notification au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne prévue à l'article 13, paragraphe 2 de la convention de Bruxelles ou

⁴⁰⁴ Conclusions de la Présidence du Conseil européen, Cannes, 26-27 juin 1995, partie A, III, point 1 ; J. ROSSETTO, « Le contrôle judiciaire dans le troisième pilier du traité sur l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 57 et s.

⁴⁰⁵ 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, signé le 29 novembre 1996, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE* C 151 du 20 mai 1997, pp. 1 et s.

⁴⁰⁶ V. *infra*, n° 199.

à tout moment ultérieur, accepter la compétence de la CJCE en matière préjudicielle. L'État membre peut soit autoriser toutes ses juridictions à saisir la CJCE soit limiter le recours aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. Le juge national aura alors la possibilité de poser une question préjudicielle dans l'hypothèse où il l'estime nécessaire pour rendre son jugement, contrairement aux actes du premier pilier où la saisine est une obligation lorsqu'il s'agit d'une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne⁴⁰⁷.

198. Possibilité de déposer un mémoire ou des observations. Le statut de la CJCE, ainsi que son règlement de procédure, étant applicables, tous les États membres sont autorisés à déposer un mémoire ou des observations devant la Cour de Justice saisie d'une question préjudicielle. Cette faculté apparaît cohérente puisque même si un État membre n'a pas accepté la compétence de la CJCE pour interpréter la convention, ses juridictions internes devront tenir compte de la réponse apportée.

199. Énumération des dispositions susceptibles de faire l'objet d'un recours. Afin de circonscrire la compétence de la CJCE, la convention de Bruxelles prévoit des limitations supplémentaires : toutes les dispositions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours. Ainsi, concernant les différends entre la Commission et les États membres, seules les dispositions des articles 1 (définition du fonctionnaire et du fonctionnaire communautaire), à l'exception du point c (définition du fonctionnaire national), 2, 3 (définition des infractions de corruption passive et active) et 4 (principe d'assimilation pour des personnes occupant des postes spécifiques) sont susceptibles d'être portées devant la CJCE et uniquement dans la mesure où le différend concerne une question relevant du droit communautaire ou des intérêts financiers des Communautés, ou impliquant des membres ou des fonctionnaires de leurs institutions ou des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes. Ces restrictions, déjà présentes dans le premier protocole PIF, démontrent une nouvelle fois la volonté des États membres d'empêcher toute jurisprudence extensive de la CJCE. Quant aux questions préjudicielles, elles ne pourront en tout état de cause que concerner les articles 1 à 4 évoqués ci-dessus et 12 à 16 (compétence de la Cour de Justice et dispositions relatives à

⁴⁰⁷ TCE (Maastricht), art. 177§3.

l'entrée en vigueur de la convention, à l'adhésion de nouveaux États membres, aux réserves et au dépositaire).

200. Faiblesse du contrôle. Par conséquent, plusieurs articles échappent entièrement au contrôle de la CJCE. Or, toutes les dispositions exclues (la définition des sanctions, la responsabilité pénale des chefs d'entreprise, la compétence des États membres, l'extradition et les poursuites, la coopération judiciaire ainsi que le principe *ne bis in idem*) sont susceptibles de connaître des difficultés d'interprétation importantes. Dès lors, un contrôle apparaît essentiel pour assurer la cohérence dans la transposition des engagements internationaux et dans leur mise en œuvre. Or, si toutes les dispositions peuvent faire l'objet d'un recours en cas de différend entre États membres, cette possibilité s'est révélée particulièrement inefficace. Une étude, publiée postérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, a mis en exergue que ce mode de résolution des conflits n'avait jamais été utilisé dans aucune convention internationale du troisième pilier⁴⁰⁸.

B. Des déclarations variées et imprécises

201. Absence d'harmonisation. Par ailleurs, les différences entre les États membres qui ont accepté la compétence de la CJCE se sont accentuées au fil des notifications. Une distinction peut être effectuée entre les États qui ont permis à toutes les juridictions de poser une question préjudicielle et ceux qui n'ont ouvert cette possibilité qu'aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Toutefois, dans les deux cas, le juge interne peut décider de l'opportunité de la saisine⁴⁰⁹. Aussi, certains États membres se sont expressément réservé la possibilité d'aller au-delà des dispositions de la convention de Bruxelles, comme l'autorise d'une manière générale l'article 11 de cette dernière, créant ainsi une nouvelle subdivision : les juridictions

⁴⁰⁸ A. BARLETTA, « Le contrôle de la répartition des compétences en matière pénale : la recherche de l'équilibre institutionnel », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (dir.), *Cour de Justice et Justice pénale en Europe*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, éd. Société de législation comparée, Paris, 2010, p. 116.

⁴⁰⁹ V. *supra*, n° 197.

internes dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne peuvent avoir l'obligation de poser une question préjudicielle à la CJCE.

202. Diversité des régimes juridiques. Par conséquent, l'analyse des déclarations publiées par le Conseil de l'Union européenne⁴¹⁰ révèle l'existence de quatre régimes juridiques différents concernant le contrôle judiciaire de la convention de Bruxelles : les États qui ne reconnaissent pas la compétence de la CJCE⁴¹¹, ceux qui la reconnaissent soit pour toutes les juridictions⁴¹² soit uniquement pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne⁴¹³ et, parmi ceux qui reconnaissent cette compétence, les États membres qui se sont réservé la possibilité de poser une obligation de saisine⁴¹⁴.

203. Caractère imprécis de certaines déclarations. De surcroît, plusieurs États membres ont fourni des déclarations imprécises, le régime retenu ne pouvant alors qu'être déduit. Toutefois, certaines déclarations ne permettent pas de connaître avec certitude l'étendue de l'engagement pris. Par exemple, si un État membre accepte la compétence de la CJCE sans autre précision⁴¹⁵, toutes ses juridictions internes devraient pouvoir poser une question préjudicielle. En effet, la possibilité ouverte par l'article 12§5 de la convention de Bruxelles de limiter cette faculté à certaines juridictions est conçue comme une exception. L'article précité n'est cependant pas clair quant à la nécessité de se prévaloir de cette exception au moment de la déclaration. En effet, une lecture littérale conduit à penser que tout État acceptant la compétence de la CJCE a automatiquement la faculté de limiter ce choix par la suite : « *un État membre qui fait une déclaration au titre du paragraphe 4 peut limiter la faculté [...]* ».

204. Dans le prolongement de cette observation, certains États membres reconnaissent d'abord la compétence de la Cour de Justice d'une manière générale ce qui laisse penser que toutes les juridictions nationales sont compétentes. Cependant, sans lien logique, ils réitèrent cette compétence en visant cette fois une juridiction précise⁴¹⁶ ou

⁴¹⁰ URL : <http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database?command=details&lang=en&aid=1997079&doclang=FR>

⁴¹¹ À l'exemple du Royaume-Uni, de l'Irlande, de l'Italie, de la Pologne, de la Roumanie et de la Lettonie.

⁴¹² À l'exemple du Danemark, de l'Estonie, de la Grèce, de la Hongrie, de la Suède et de la Finlande.

⁴¹³ À l'exemple de l'Espagne.

⁴¹⁴ À l'exemple de l'Autriche et de la République Tchèque.

⁴¹⁵ À l'exemple de la France, de Chypre, de la Lituanie et du Portugal.

⁴¹⁶ Déclaration de la Bulgarie.

toutes les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne⁴¹⁷. Il est possible de déduire par un raisonnement *a contrario* que les juridictions inférieures ne disposent pas de la même faculté.

205. En outre, les États qui ont souhaité transformer la faculté de poser une question préjudicielle en obligation ont été volontairement flous. L'Autriche et la République tchèque se sont uniquement réservés la possibilité d'insérer dans leur droit interne une telle obligation. Afin de connaître le régime juridique effectivement applicable, l'examen du droit positif de ces États est indispensable.

206. Une information précise et complète dans les déclarations, telle que celle fournie par la Suède, aurait permis de pallier l'ensemble de ces incertitudes. À défaut, seule la communication du texte transposant la convention de Bruxelles dans le droit interne de l'État concerné peut permettre aux autres États membres de connaître la compétence effectivement attribuée à la Cour de Justice. Dans le cadre du premier protocole PIF, la CJCE peut être saisie d'une question préjudicielle concernant l'obligation pour chaque État membre, d'une part, de communiquer à la Commission le texte de transposition de ses engagements et, d'autre part, de définir au sein du Conseil de l'Union européenne les informations qui doivent être communiquées ou échangées entre les États membres ou entre eux et la Commission, et les modalités de leur transmission⁴¹⁸. Or, les dispositions relatives aux obligations de communication n'ont pas été reprises dans la convention de Bruxelles. Si les conséquences pratiques apparaissent faibles du fait de la proximité entre les dispositions du premier protocole PIF et celles de la convention de Bruxelles, la disparition d'un article destiné à assurer l'information des seuls requérants non facultatifs de l'article 12 de la convention de Bruxelles est surprenante.

II. L'effet incertain des évolutions du droit primaire sur la compétence de la CJCE

207. Évolution du droit primaire de l'Union européenne. À l'exception de légères variantes, la plupart des conventions du troisième pilier ont adopté une disposition

⁴¹⁷ Déclaration de l'Allemagne.

⁴¹⁸ Premier protocole PIF, art. 8§2.

équivalente au contenu du protocole CJCE, soit directement⁴¹⁹ soit par un acte séparé⁴²⁰. Toutefois, la réitération dans la plupart des conventions de dispositions similaires a rapidement été vue comme une lourdeur inutile et les États ont cherché à dépasser la méthode imposée dans le traité de Maastricht. En outre, la compétence accordée à la Cour de Justice pour contrôler la mise en œuvre des conventions et dépasser la résistance des États en la matière s'est révélée insuffisante. Aussi, cette compétence s'est progressivement accrue avec l'entrée en vigueur de chaque traité constitutif⁴²¹.

208. Enjeux de l'évolution. Les traités d'Amsterdam, de Nice ou de Lisbonne ont-ils permis d'étendre la compétence accordée à la CJCE dans la convention de Bruxelles ? Ce premier enjeu est essentiel puisqu'une compétence accrue peut non seulement avoir entraîné une suppression des limitations posées par la convention sur les dispositions susceptibles de faire l'objet d'un recours, mais également l'ouverture de nouvelles voies de recours comme la possibilité d'exercer des actions initialement réservées au pilier communautaire (premier pilier). De plus, il apparaît nécessaire d'être en mesure de déterminer si la compétence de la Cour de Justice vis-à-vis de chaque État membre a reposé, jusqu'au traité de Lisbonne, sur les déclarations relatives à la convention de Bruxelles ou celles relatives à l'article 35 du Traité sur l'Union européenne, dans sa version issue du traité d'Amsterdam. D'une part, l'interprétation retenue permettra de vérifier si les États membres se sont vus offerts la possibilité de revenir sur leur précédent engagement et si, dans le prolongement, les nouveaux États membres ont pu se contenter d'une déclaration relative à l'article 35 précité. D'autre part, elle peut permettre d'apprécier l'application des dispositions du traité de Lisbonne, c'est-à-dire du régime actuel pour les actes permettant le rapprochement du droit pénal substantiel.

209. Opt-in général. Consolidant le progrès réalisé, le traité d'Amsterdam a intégré les dispositions du protocole CJCE directement dans le droit primaire de l'Union

⁴¹⁹ Par ex., la convention de Bruxelles.

⁴²⁰ Par ex., Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signée le 26 juillet 1995, *JOCE* C 316 du 27 nov. 1995, pp. 34 et s. ; *adde* 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 sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signé le 29 novembre 1996, *JOCE* C 151 du 20 mai 1997, pp. 16 et s.

⁴²¹ V. en ce sens, G. BACHOUÉ PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne*, Préf. H. Labayle, coll. des Thèses, éd. Institut Universitaire Varenne, 2013.

européenne⁴²². Ce mécanisme permet à chaque État de se prononcer, par le biais d'une déclaration unique, sur la compétence qu'il accorde à la CJCE pour interpréter tous les actes du troisième pilier, évitant ainsi d'ouvrir le même débat lors de chaque négociation. La méthode initiale reposant sur *opt in* casuistique « *convention par convention* » a donc cédé la place à une méthode d'*opt-in* générale « *État membre par État membre* »⁴²³. Elle assure une plus grande cohérence en empêchant les États d'attribuer une compétence différente selon l'instrument considéré et permet, en principe, un contrôle de l'ensemble des dispositions des actes adoptés.

210. Absence de disposition concernant les actes antérieurs. L'application de l'article 35 du Traité sur l'Union européenne aux actes du troisième pilier déjà adoptés avant son entrée en vigueur ne ressort d'aucune disposition expresse du traité d'Amsterdam ou du traité de Nice et d'aucune disposition transitoire dans l'un des protocoles adoptés concomitamment. De plus, cet article énonce que la CJCE est compétente sur « *l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application* » et semble donc s'appliquer uniquement aux éventuels actes futurs.

211. Engagements distincts. L'analyse des déclarations publiées par le Conseil de l'Union européenne⁴²⁴ démontre que les États membres ont également estimé que les deux engagements étaient distincts. Ainsi, la plupart des États membres ont procédé à la déclaration postérieurement à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en visant explicitement l'article 12 de la convention de Bruxelles⁴²⁵. La République tchèque a également procédé à cette déclaration postérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

212. Déclaration française. Dans ce contexte, la déclaration émise par la France est ambiguë : « *conformément à la déclaration faite par la France le 4 mars 2000 en application de l'article 35 du traité de l'Union européenne, la République Française déclare accepter la compétence de la cour de justice des Communautés Européennes statuant à titre préjudiciel sur une question concernant l'interprétation des articles 1^{er} à*

⁴²² TUE (Amsterdam), art. 35.

⁴²³ V. en ce sens, L. BAY LARSEN, « The European penal area », in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH, D. SPIELMANN (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, éd. de l'Université de Bruxelles Institut d'études européennes, Bruxelles, 2009, p. 15.

⁴²⁴ V. *supra*, n° 202.

⁴²⁵ Par ex., l'Allemagne, la Bulgarie ou la Lituanie.

4 et 12 à 16 de la convention, dans les conditions fixées au paragraphe 3 de l'article 12 ». Un lien direct est donc établi avec l'article 35 du traité sur l'Union européenne. Cependant, la France semble se contenter de souligner la correspondance des deux déclarations. La déclaration susmentionnée se fonde bien sur l'article 12, paragraphe 3 et se conforme à ce dernier en restreignant la compétence de la Cour de Justice à certaines dispositions, ce qui n'est pas une option offerte par l'article 35 du Traité sur l'Union européenne.

213. Absence de jurisprudence. L'évolution de la compétence de la Cour de Justice ne peut être appréciée en se référant à sa jurisprudence. En effet, seules trois conventions destinées au rapprochement du droit pénal substantiel dans le cadre de l'Union européenne ont été adoptées, les décisions-cadres ayant été privilégiées après le traité d'Amsterdam⁴²⁶ : la Convention d'application des Accords de Schengen (CAAS) adoptée le 19 juin 1990, la convention PIF et ses protocoles et la convention de Bruxelles. La jurisprudence relative au principe *ne bis in idem*⁴²⁷ ne peut être prise en compte puisque la compétence de la Cour de Justice est la conséquence directe de l'intégration de « l'acquis de Schengen » au droit primaire de l'Union européenne par le traité d'Amsterdam⁴²⁸ : elle est donc fondée sur le titre VI du Traité sur l'Union européenne dans sa version issue du traité d'Amsterdam. Les deux autres conventions n'ayant fait l'objet d'aucune saisine de la Cour de Justice, aucun élément jurisprudentiel tendant à démontrer l'application de l'article 35 à la convention de Bruxelles n'existe.

214. Exclusion du traité de Nice. Le traité de Nice peut être exclu de la présente analyse puisque les changements généraux qu'il apporte à la structure juridictionnelle au sein de l'Union européenne ne concernent pas les actes du troisième pilier, laissant subsister le déficit juridictionnel dont ce dernier souffre⁴²⁹.

215. « Communautarisation » des actes du 3^{ème} pilier. Le traité de Lisbonne supprime la répartition par pilier et renforce considérablement les compétences de la Cour

⁴²⁶ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives. – Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, mai 2014, point 110.

⁴²⁷ V. *supra*, n^{os} 182. -190.

⁴²⁸ Protocole n^o 2 du traité d'Amsterdam intégrant l'acquis Schengen dans le cadre de l'Union européenne, art. 2, paragraphes 3 et 4.

⁴²⁹ A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH, D. SPIELMANN (dir.), *op. cit.*, p. 229.

de Justice pour contrôler les actes relatifs au rapprochement du droit pénal⁴³⁰. Poursuivant le processus de « *communitarisation* » amorcé par la Cour de Justice en 2005⁴³¹, il transfère les dispositions relatives au renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale vers le titre V du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Il substitue ainsi à la méthode d'*opting in* retenue depuis le traité de Maastricht pour ne pas isoler le Royaume-Uni⁴³², une logique d'*opting out* : le principe est désormais la compétence de la Cour de Justice. L'uniformisation des compétences de la Cour de Justice résultant de ce nouveau consensus n'a pas empêché le Royaume-Uni d'exercer son option⁴³³, sachant qu'il bénéficie également d'une procédure d'*opting back-in* lui permettant de choisir à la carte les domaines où il souhaite continuer de participer à la construction européenne⁴³⁴.

216. Dispositions transitoires. L'effet du traité de Lisbonne sur les actes du troisième pilier ressort expressément des dispositions transitoires prévues aux articles 9 et 10 du protocole n° 36. L'article 10, paragraphe 1 prévoit que, jusqu'au 1^{er} décembre 2014, les attributions de la Cour de Justice de l'Union européenne en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, restent inchangées en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale antérieurs au traité de Lisbonne, « *y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne* ». À l'issue de cette période transitoire, toutes les compétences attribuées à la Cour de Justice dans le traité de Lisbonne pourront donc s'exercer sur ces actes. La convention de Bruxelles est bien un acte de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale antérieur au traité de Lisbonne. Cependant, la compétence de la Cour de Justice de l'Union européenne concernant cette convention est issue d'une disposition expresse de celle-ci et non du titre VI du Traité sur l'Union européenne dans sa version antérieure au traité de Lisbonne.

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 227 et s. ; v. également, S. VAN DER JEUGHT, « Le traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, n° 164, décembre 2009, pp. 297 et s.

⁴³¹ CJCE, Gde Ch., 13 septembre 2005, Commission / Conseil, aff. C-176/03 (ECLI:EU:C:2005:542), Rec. 2005 I, p. 07879.

⁴³² V. *supra*, n° 195.

⁴³³ P. BERNARD-REYMOND, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur les perspectives de l'Union européenne, 26 février 2014, n° 407, pp. 67 et s.

⁴³⁴ Protocole n° 36 du Traité de Lisbonne sur les dispositions transitoires, titre VII, art. 10, para. 5.

L'article 35 du Traité sur l'Union européenne lui est étranger⁴³⁵, ce qui semble faire échec au mécanisme de l'article 10 précité à son égard.

217. Nécessité d'un nouvel instrument. En outre, l'article 9 du protocole n° 36 vise expressément les conventions : « *les effets juridiques des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Il en va de même des conventions conclues entre les États membres sur la base du traité sur l'Union européenne* ». La compétence de la Cour de Justice devrait donc continuer à s'appliquer conformément à l'article 12 de la convention de Bruxelles, tant que cette dernière n'aura pas été transférée dans un instrument plus moderne⁴³⁶.

218. Caractère statique de la compétence de la Cour de Justice. Il résulte de ce qui précède que la compétence de la CJUE sur la convention de Bruxelles devrait, en principe, rester inchangée malgré l'entrée en vigueur successive de trois traités constitutifs. L'absence de saisine de la CJUE alors que de nombreux obstacles à la mise en œuvre de la convention ont pu être constatés tend à démontrer la faiblesse du contrôle institué. L'incapacité de la Commission à exercer une action en manquement a contribué à ce déficit : « *l'absence actuelle de procédure en manquement en matière pénale empêche la Commission de jouer son rôle de "gardienne des traités" dans ce secteur comme elle le fait en droit communautaire et entrave sérieusement l'application effective et uniforme des instruments du troisième pilier. Cette absence et ses effets pervers apparaissent d'autant plus nettement qu'en matière pénale, le processus de transposition rencontre de fortes résistances de la part des États membres* »⁴³⁷. En outre, les États membres n'ont pas mis à profit la période transitoire aménagée par le traité de Lisbonne pour moderniser cet instrument.

219. Proposition de directive PIF. Si la proposition de directive relative à la protection des intérêts financiers est adoptée, les dispositions de la convention PIF et de ses protocoles, dans une version modifiée, seront automatiquement soumises aux

⁴³⁵ V. *supra*, n°s 210. -211.

⁴³⁶ V. en ce sens, A. HUET, R. KOERING-JOULIN, « Conventions internationales répressives. – Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, mai 2014, point 116.

⁴³⁷ A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *op. cit.*, p. 231.

nouvelles compétences de la Cour de Justice. Cette proposition de directive inclut des dispositions relatives à la lutte contre la corruption dans le secteur public et permettra éventuellement un recours en manquement de la Commission par ce biais. Toutefois, les limitations tenant à la protection des intérêts financiers ont été maintenues, ce qui restreindra le contrôle sur le respect des engagements pris par les États membres dans la convention de Bruxelles.

CHAPITRE II – La décision-cadre du 22 juillet 2003 : la protection de la concurrence contre la corruption

220. Évolution du cadre juridique. Dans sa résolution du 15 décembre 1995 sur la corruption, le Parlement européen invite la Commission et les États membres à adopter des mesures qui ne seraient pas limitées à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne⁴³⁸. Cet objectif a tout d'abord été réalisé par la convention de Bruxelles du 26 mai 1997 qui a élargi le champ d'application de l'infraction de corruption de fonctionnaires européens⁴³⁹. Puis, les États membres se sont notamment intéressés à la situation où le corrompu n'a pas la qualité de fonctionnaire. Ainsi, dès 1997, la Commission invite les États membres à lutter contre la corruption dans le secteur privé : *« l'UE n'a pas encore abordé toutes les formes de corruption existant dans le secteur privé : par exemple, le fait pour une personne appartenant à une entité économique privée d'être corrompue pour obtenir qu'elle agisse d'une manière contraire à ses obligations. Certains États membres incriminent déjà, dans une certaine mesure, la corruption dans le secteur privé. Dans d'autres États membres, les mesures civiles ou administratives sont les seuls remèdes applicables. [...] L'Union a intérêt à combattre cette forme de corruption qui a des répercussions importantes, notamment sur la concurrence »*⁴⁴⁰.

221. Pressions internationales. Le peu d'empressement des États membres pour incriminer cette forme de corruption peut s'expliquer par deux principaux facteurs. En premier lieu, à la différence des actes relevant de la corruption transnationale dans le secteur public, les États-Unis n'ont aucun intérêt à faire pression sur les États européens pour adopter une telle législation. En effet, aux États-Unis, la corruption dans le secteur privé n'est pas du ressort fédéral et fait l'objet d'une réglementation au niveau des États en tant que corruption commerciale ou, à défaut, peut éventuellement être réprimée par la législation sur les pratiques commerciales déloyales⁴⁴¹. Durant les négociations concernant la convention de Mérida, l'incrimination de la corruption dans le secteur privé

⁴³⁸ Résolution du Parlement européen sur la lutte contre la corruption en Europe, 15 décembre 1995, JOCE C 17 du 22 janv. 1996, pp. 443 et s.

⁴³⁹ V. *supra*, n^{os} 71. et s.

⁴⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique anticorruption de l'Union, 21 mai 1997, COM(97) 192 final, p. 6.

⁴⁴¹ Rapport d'évaluation du GRECO sur les États-Unis, 3^{ème} cycle, thème 1, 9 décembre 2011, pp. 18 et s.

a constitué l'un des principaux points litigieux entre l'Union européenne et les États-Unis, ces derniers s'y opposant fermement⁴⁴². Aussi, seule la lutte contre la corruption dans le secteur public était, du fait de la pression américaine, un enjeu urgent et prioritaire sur l'agenda international.

222. Intérêts protégés. En second lieu, la lutte contre la corruption dans le secteur privé ne protège pas les mêmes intérêts que celle du secteur public. Les premières conventions internationales relatives à la corruption d'un agent public ont d'abord cherché à protéger un intérêt économique : la convention OCDE de 1997 est limitée aux transactions commerciales internationales et le premier protocole PIF à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Toutefois, au niveau européen, la convention de Bruxelles et la convention pénale du Conseil de l'Europe ont supprimé ces limites et ont rapidement dépassé le seul objectif commercial. Au niveau mondial, la même ouverture a été réalisée par la convention de Mérida. Il est apparu urgent d'agir dans le secteur public au regard de l'importance économique de la commande publique dans les transactions internationales, mais progressivement les traités ont permis de protéger d'autres intérêts tels que l'État de droit. De surcroît, si les scandales liés à la corruption dans le secteur public n'ont pas été le seul moteur, ils ont pu contribuer à rendre intolérable ce type de corruption pour les citoyens : *« à bien y regarder, le plus inquiétant dans la corruption n'est pas tant la confusion entre le privé et le public que le fait que la règle est transgressée par celui-là même qui doit la faire respecter. C'est donc moins la collusion des intérêts privés et publics qui est visée que la confusion entre le délinquant et le gardien de la règle, car elle efface le tiers public entendu comme élément central de tout système institutionnel. La corruption, c'est un crime du deuxième degré : non pas un crime contre les personnes ou les biens, mais un crime contre le droit ; et s'il fait des victimes, ce sont des victimes indirectes qui sont beaucoup plus nombreuses que n'en fait n'importe quel autre crime, car il s'agit de la collectivité politique tout entière »*⁴⁴³.

223. À l'inverse, dans le secteur privé, la lutte contre la corruption reste essentiellement cantonnée à la protection d'une concurrence saine voire, plus largement, au respect des règles éthiques et professionnelles destinées à garantir un développement

⁴⁴² V. MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT (dir.), *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, Zurich, 2011, p. 105.

⁴⁴³ A. GARAPON, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, n° 2, 2014, p. 24.

économique sain. Il faut attendre la décision-cadre de l'Union européenne étudiée ci-dessous pour que la protection de l'État de droit soit mentionnée : *« les États membres accordent une importance particulière à la lutte contre la corruption, dans les secteurs tant public que privé, puisqu'ils estiment que la corruption dans ces deux secteurs met en péril l'État de droit, constitue une distorsion de la concurrence, en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux, et représente un obstacle à un sain développement économique »*⁴⁴⁴. La formulation du préambule laisse donc sous-entendre que les mêmes intérêts, économiques et démocratiques, sont protégés par la lutte contre la corruption dans le secteur privé et public. Néanmoins, l'initiative du Danemark, dans laquelle figurait ce paragraphe⁴⁴⁵, est accompagnée d'une note explicative adressée au Secrétaire général de l'Union européenne qui rétablit clairement la distinction : *« la corruption dans le secteur public met en péril l'État de droit et celle qui affecte le secteur privé constitue une distorsion de concurrence et un obstacle au développement économique sain »*⁴⁴⁶. Le rapport explicatif de la convention pénale du Conseil de l'Europe rappelle les intérêts spécifiques qui sous-tendent l'incrimination de la corruption dans le secteur privé : *« le fait que la corruption dans le secteur privé porte atteinte à des valeurs comme la confiance et la loyauté, qui sont nécessaires au maintien et au développement des relations sociales et économiques [...]. En second lieu, incriminer la corruption existant dans le secteur privé était nécessaire pour que le respect d'une concurrence loyale soit assuré. Troisièmement, cela concerne également le processus de privatisation [...]. Le transfert de ces fonctions publiques [...] implique le transfert de crédits budgétaires substantiels et d'attributions réglementaires. Il est donc logique de protéger le public également contre les effets dommageables de la corruption dans les entreprises »*⁴⁴⁷. La protection de la société contre les éventuels effets de la privatisation d'anciennes entreprises publiques était d'ailleurs au cœur des préoccupations de la Commission dès 2003⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, Préambule, cons. 9.

⁴⁴⁵ Note du Conseil, *Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé*, 14 juin 2002, 9953/02.

⁴⁴⁶ Addendum à la note du Conseil, *Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé*, 17 juin 2002, 9953/02, ADD 1.

⁴⁴⁷ Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, STE n° 173.

⁴⁴⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et Social européen sur une politique globale de l'UE contre la corruption, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 13.

224. Concurrence déloyale. Une partie de la doctrine s'est par conséquent interrogée sur la pertinence de l'incrimination de la corruption dans le secteur privé. En effet, il est possible de se demander si « *les règles répressives applicables en matière de concurrence déloyale ne sont pas à elles seules suffisantes pour garantir la libre compétition des entreprises, sans recourir à une infraction qui ne trouve pas traditionnellement de consécration dans le secteur commercial* »⁴⁴⁹. Cette position est d'ailleurs toujours partagée par les États-Unis⁴⁵⁰. Toutefois, la décision-cadre vise des comportements déloyaux qui n'impliquent pas de distorsions de concurrence⁴⁵¹ et qui ne seraient pas nécessairement couverts par les règles répressives applicables en matière de concurrence déloyale.

225. Politique anticorruption. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé a pu s'insérer dans un cadre plus large de réflexion à travers une politique anticorruption globale demandée par le Conseil⁴⁵² et dégagée progressivement par la Commission⁴⁵³. Concomitamment, les États membres ont œuvré de manière prudente et ont adopté une stratégie qui va s'avérer récurrente. Dans un premier temps, ils vont s'accorder pour négocier d'éventuels outils juridiques extérieurs. Dans un second temps, ils vont progressivement adopter des dispositions propres dans le cadre de l'Union européenne. Le premier objectif est réalisé avec la position commune du 6 octobre 1997 qui a pour objet de s'accorder sur les négociations à venir au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE⁴⁵⁴. En effet, le Conseil peut « *arrêter des positions communes et promouvoir, sous la forme et selon les procédures appropriées, toute coopération utile à la poursuite des objectifs de l'Union* »⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ S. MANACORDA, « La région Europe : bilan comparatif des conventions de l'OCDE, de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – *Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, p. 114 ; v. également J. TRICOT, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 758.

⁴⁵⁰ V. *supra*, n° 221.

⁴⁵¹ V. *infra*, n° 242.

⁴⁵² Programme d'action du Conseil relatif à la criminalité organisée, 28 avril 1997, *JOCE* C 251 du 15 août 1997, p. 8.

⁴⁵³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique anticorruption de l'Union, 21 mai 1997, COM(97) 192 final, pp. 1 et s.

⁴⁵⁴ Position commune du 6 octobre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 279 du 13 oct. 1997, pp. 1 et s.

⁴⁵⁵ TUE (Maastricht), art. K. 3.

226. Action commune. Le second objectif est d'abord atteint avec l'adoption de l'action commune du 22 décembre 1998 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé⁴⁵⁶ : « *le Conseil peut [...] adopter des actions communes, dans la mesure où les objectifs de l'Union peuvent être mieux réalisés par une action commune que par les États membres agissant isolément, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée ; il peut décider que les mesures d'application d'une action commune seront adoptées à la majorité qualifiée* »⁴⁵⁷. Toutefois, l'action commune susmentionnée présente deux faiblesses. Premièrement, son caractère contraignant est incertain : elle engage les gouvernements des États membres, mais non les parlements nationaux⁴⁵⁸. Deuxièmement, les États membres ont l'autorisation de limiter le champ d'application des infractions de corruption active et passive dans le secteur privé « *aux comportements qui impliquent, ou qui pourraient impliquer, une distorsion de concurrence au moins à l'intérieur du marché commun, et qui occasionnent, ou pourraient occasionner, un dommage économique à des tiers par l'attribution injustifiée ou l'exécution incorrecte d'un contrat* »⁴⁵⁹. En matière de sanction, l'action commune renvoie uniquement à la formulation vague de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives et autorise les États membres à ne pas prévoir de sanction pénale pour les cas mineurs de corruption⁴⁶⁰. D'une manière générale, la portée de l'action commune s'est donc révélée faible.

227. Nécessité d'un instrument contraignant. Outre les défauts de l'action commune, la nécessité d'un nouvel instrument s'est rapidement imposée au regard du succès partiel de l'Union européenne dans la négociation des conventions internationales. Une obligation d'incriminer la corruption dans le secteur privé a été insérée dans la convention pénale du Conseil de l'Europe⁴⁶¹, mais il est apparu impossible de parvenir au même résultat dans le cadre de la convention de Mérida du fait de la réticence de certains

⁴⁵⁶ Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, *JOCE* L 358 du 31 déc. 1998, pp. 2 et s.

⁴⁵⁷ TUE (Maastricht), art. K. 3.

⁴⁵⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et Social européen sur une politique globale de l'UE contre la corruption, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 12.

⁴⁵⁹ Action commune relative à la corruption dans le secteur privé, art. 2§2 et art. 3§2.

⁴⁶⁰ Action commune relative à la corruption dans le secteur privé, art. 4.

⁴⁶¹ Convention pénale sur la corruption, signée le 27 janvier 1999, en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

États Parties⁴⁶². Les États membres ont cherché à adopter un texte qui leur était propre et plus contraignant.

228. Initiative du Danemark. La Commission a par conséquent soutenu l'initiative du Danemark⁴⁶³ en avançant plusieurs raisons pragmatiques : « *une action commune a été adoptée [...]. Les États membres peuvent cependant limiter cette mesure aux comportements qui provoquent une distorsion de concurrence à l'intérieur du marché commun [...]. L'action commune n'engageait cependant que les gouvernements des États membres, mais non les parlements nationaux et, jusqu'à présent, seuls huit États membres l'ont intégralement mise en œuvre. La Commission se félicite de cette initiative, qui prend globalement en considération le processus de privatisation d'anciennes entreprises publiques. L'instrument suggéré garantirait également l'absence de déséquilibre entre les instruments visant les actes de corruption impliquant des fonctionnaires et la corruption entre entités privées* »⁴⁶⁴.

229. Choix de l'instrument. Le choix d'une décision-cadre pour opérer le rapprochement des législations européennes n'est pas surprenant et tient compte des objectifs fixés dans les conclusions du Conseil européen de Tampere⁴⁶⁵ : les décisions-cadres vont être utilisées dans un premier temps pour opérer une harmonisation de certaines normes de droit pénal puis vont être essentiellement tournées vers la coopération judiciaire et la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.

230. Valeur de la décision-cadre. La lutte contre la corruption dans le secteur privé a ainsi pu tirer parti des innovations introduites par le traité d'Amsterdam qui a substitué à l'action commune deux nouveaux types d'actes en clarifiant leur effet juridique : la décision et la décision-cadre. Ainsi, aux termes de l'article 34, paragraphe 2 point b du Traité sur l'Union européenne, dans sa version issue du traité d'Amsterdam, le Conseil « *peut arrêter des décisions-cadres aux fins de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Les décisions-cadres lient les États*

⁴⁶² V. *supra*, n° 221.

⁴⁶³ Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOCE* C 184 du 02 août 2002, pp. 5 et s.

⁴⁶⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et Social européen sur une politique globale de l'UE contre la corruption, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 13.

⁴⁶⁵ Conclusions de la Présidence du Conseil européen lors du sommet de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, points 40 et s.

membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». La décision-cadre se rapproche ainsi des caractéristiques de la directive. Toutefois, à la différence des directives, le traité constitutif lui nie explicitement tout effet direct, interdisant aux particuliers d'invoquer directement une disposition de la décision-cadre devant un juge national ou européen⁴⁶⁶. Les États membres préviennent ainsi tout risque de « *communautarisation* » du domaine pénal par l'action de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) : « *les auteurs du traité ont ainsi voulu exclure, de manière catégorique, toute tentative d'extension de la portée de ces actes en ce domaine ; cette formule vise à proscrire toute interprétation s'inspirant de ce que la CJCE avait admis, pour les directives, dans l'arrêt Van Duyn (4 déc. 1974) et pour la décision dans l'arrêt Franz Grad (6 oct. 1970). Il y a là comme une sorte d'avertissement adressé à la Cour : il est d'autant plus appuyé que la CJCE est désormais compétente pour ce qui relève de ce troisième pilier* »⁴⁶⁷. La décision-cadre présente l'avantage d'être un instrument plus souple qu'une convention internationale : la Commission dispose d'un pouvoir d'initiative au même titre que n'importe quel État membre. En outre, la décision-cadre n'est pas soumise aux ratifications étatiques pour entrer en vigueur. Toutefois, elle reste un instrument de nature intergouvernementale : son adoption est du ressort du Conseil et l'unanimité est toujours requise.

231. Adoption. La décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé est adoptée par le Conseil le 22 juillet 2003 et a pour objet de « *faire en sorte que tant la corruption active que la corruption passive dans le secteur privé constituent une infraction pénale dans tous les États membres, que les personnes morales puissent également être tenues pour responsables de ces infractions et que les sanctions prévues dans ce domaine soient efficaces, proportionnées et dissuasives* »⁴⁶⁸. Elle abroge et remplace l'action commune adoptée en 1998⁴⁶⁹. Outre l'article 34 paragraphe 2 point b déjà abordé ci-dessus, elle est fondée sur l'article 29 du Traité sur l'Union européenne,

⁴⁶⁶ Pour des précisions sur les effets de la décision-cadre et sur la notion d'« effet direct », v. par ex, A. HINAREJOS, « On the legal effects of framework decisions and decisions : directly applicable, directly effective, self-executing, supreme ? », *European Law Journal*, vol. 14, 2008, p. 622 et s.

⁴⁶⁷ G. SOULIER, « Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale », *RSC*, 1998, pp. 242 et s.

⁴⁶⁸ Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, Préambule, cons. 10.

⁴⁶⁹ Décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, art. 8.

dans sa version issue du traité d'Amsterdam, qui vise directement la corruption comme l'une des infractions qui nécessite une coopération policière et judiciaire afin d'offrir au citoyen un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. La décision-cadre vise également dans son préambule l'article 31§1, point e qui énonce que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à instaurer « *des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* ». La corruption n'est pas citée, mais comme le relève un auteur : « *ces formes de criminalité peuvent être commises par des organisations criminelles. Donc la référence à l'article 31-1 point e ne surprend pas* »⁴⁷⁰. Le Conseil avait d'ailleurs recommandé l'élaboration d'une politique globale de lutte contre la corruption dans le programme d'action relative à la criminalité organisée⁴⁷¹.

232. La décision-cadre du 22 juillet 2003 a permis d'amorcer un rapprochement des législations européennes en matière de la lutte contre la corruption dans le secteur privé (Section I). Toutefois, elle reste non seulement un instrument du troisième pilier soumis à de nombreuses limitations, mais sa mise en œuvre s'est avérée restreinte et tardive (Section II).

SECTION I. L'incrimination obligatoire de la corruption dans le secteur privé

233. La décision-cadre du 22 juillet 2003 est le premier instrument international à imposer aux États membres, sans possibilité de dérogation, l'incrimination de la corruption dans le secteur privé. En outre, la définition des comportements prohibés s'avère large (I), notamment par rapport à la convention pénale sur la corruption du

⁴⁷⁰ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 554.

⁴⁷¹ Programme d'action du Conseil relatif à la criminalité organisée, 28 avril 1997, *JOCE* C 251 du 15 août 1997.

Conseil de l'Europe, et la définition du régime des sanctions plus précise que les instruments relatifs à la lutte contre la corruption déjà adoptés (II).

I. Une définition large des comportements prohibés

234. Incrimination. La décision-cadre distingue la corruption passive et active dans le secteur privé et impose aux États membres d'incriminer ces actes lorsqu'ils sont effectués délibérément dans le cadre des activités professionnelles⁴⁷².

235. La corruption active dans le secteur privé est définie comme « *le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, à une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé, un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, afin que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations* ». Quant à la corruption passive dans le secteur privé, elle est définie comme « *le fait pour une personne, dans l'exercice d'une fonction de direction ou d'un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé, de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations* ».

236. Entités à but non lucratif. L'article 2 paragraphe 2 étend explicitement les infractions susmentionnées aux activités professionnelles menées au sein d'entités à but non lucratif. La décision-cadre a donc un champ d'application plus large que la convention pénale du Conseil de l'Europe qui, à l'inverse, a délibérément exclu ce type d'entités⁴⁷³.

237. Parlement européen. L'article premier de la décision-cadre permet d'illustrer le travail parlementaire dans la rédaction des actes du troisième pilier. En effet, le Parlement européen, qui n'émet qu'un avis consultatif⁴⁷⁴, a souhaité que les entités à but non lucratif soient expressément incluses alors qu'elles étaient absentes de l'action

⁴⁷² Par ex., v. D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 182 et s.

⁴⁷³ Convention pénale sur la corruption, art. 7 et 8.

⁴⁷⁴ TUE (Amsterdam), art. 39.

commune et de l'initiative du Danemark⁴⁷⁵. Il a également réintroduit la définition de la « *violation d'une obligation* », présente dans l'action commune, mais supprimée dans l'initiative susmentionnée⁴⁷⁶. En effet, aux termes de la décision-cadre, l'auteur de l'infraction doit poursuivre une finalité particulière, qui est que le corrompu accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte violation de ses obligations.

238. Violation d'une obligation. La « *violation d'une obligation* » est définie comme : « *une expression qui doit s'entendre conformément au droit national. La notion de violation d'une obligation dans le droit national devrait au moins couvrir tout comportement déloyal constituant la violation d'une obligation légale ou, selon le cas, la violation de règles ou de directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité professionnelle d'une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé* ». La notion n'est donc pas véritablement définie puisque, une nouvelle fois, il faudra se référer au droit national.

239. Contenu minimum. Toutefois, la décision-cadre impose un contenu minimum. Or, deux interprétations possibles existent. Un auteur propose d'y voir une alternative, chaque État membre pouvant choisir de limiter la notion à la violation de la loi ou bien à la violation de règles ou directives professionnelles : « *il s'agit de deux conceptions différentes des relations au sein d'une entreprise, l'une plus dirigiste – dans laquelle le respect de la loi est la référence - l'autre plus libérale – qui repose davantage sur l'autorégulation du secteur concerné. La deuxième semble aller plus loin dans la mesure où elle vise l'ensemble des obligations instaurées au sein de l'entité* »⁴⁷⁷. Cependant, en pratique, s'il est envisageable pour un État de ne se référer qu'aux obligations légales, il peut apparaître plus délicat de les exclure au profit de règles professionnelles.

Si l'on se fonde sur l'expression « *selon le cas* », cette disposition pourrait être interprétée comme posant une obligation d'appréhender toutes les règles existantes dans un État donné : la notion devrait alors couvrir non seulement les obligations légales, mais aussi, de manière cumulative, les règles ou directives professionnelles.

⁴⁷⁵ V. *infra*, n° 242.

⁴⁷⁶ Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOUE* CE 25 du 29 janv. 2004, pp. 158 et s.

⁴⁷⁷ D. FLORE, *op. cit.*, p. 184.

Le document de travail sur lequel s'est fondée la Commission pour établir son rapport en 2007 ne tranche pas clairement la question, certains États membres n'ayant pas précisé ce que pouvait recouvrir l'expression « *unlawful act* » dans leur droit national. En tout état de cause, la Commission semble se satisfaire des États qui ne font référence qu'aux obligations légales. L'interprétation alternative pourrait alors primer, mais il n'est pas fait mention d'un État qui aurait choisi de ne faire référence qu'aux règles ou directives professionnelles en excluant les obligations légales. Dans les deux cas, il y aura une application à géométrie variable en fonction des règles en vigueur dans chaque État membre⁴⁷⁸.

240. Alerte éthique. L'Irlande a émis une déclaration concernant cette définition : la notion de « *violation d'une obligation* » qui se réfère à un « *comportement déloyal* » ne couvre pas les « *faits de dénonciation* ». Cette déclaration n'est pas dénuée d'intérêt dans un contexte où la protection de l'alerte éthique est un enjeu européen central⁴⁷⁹.

241. Entité du secteur privé. Cette définition soulève également une incertitude concernant la notion « *d'entité du secteur privé* ». Il apparaît possible de la distinguer de celle de « *personne morale* », mais un auteur soulève la problématique qui entoure cette distinction : « *l'entité qui peut être victime de la corruption privée est nécessairement une entité "privée". Le texte ne détermine pas ce qu'il y a lieu d'entendre par entité, en particulier si la notion se limite aux personnes morales ou si elle couvre toutes les formes d'entités, même si elles ne prennent pas de forme juridique (et n'ont donc pas de personnalité juridique propre)* »⁴⁸⁰. L'expression définitive adoptée par la décision-cadre semble avoir été le fruit d'une longue hésitation : l'initiative du Danemark mentionnait « *une entreprise du secteur privé* », ce qui avait pour effet d'exclure les associations et n'était donc pas conforme à l'article 2 paragraphe 2 de la décision-cadre⁴⁸¹.

Quant à l'action commune du 22 décembre 1998, elle n'employait pas non plus cette expression et avait recours à une périphrase : « *le terme "personne" désigne tout salarié ou toute autre personne dans l'exercice d'une fonction de direction ou d'un travail à quelque titre que ce soit, agissant pour une personne physique ou une personne morale* ».

⁴⁷⁸ J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *op. cit. & loc. cit.*

⁴⁷⁹ V. *infra*, n^{os} 601.

⁴⁸⁰ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, p. 184.

⁴⁸¹ V. *infra*, n^o 242.

opérant dans le secteur privé ou au nom de cette dernière »⁴⁸². Cette définition autonome a été supprimée dans la décision-cadre et ses dispositions ont été incorporées dans la définition relative à la « *violation d'une obligation* ». La Commission ne relève qu'une évolution mineure liée à la suppression de l'aspect temporel⁴⁸³ : l'action commune visait « une personne dans l'exercice d'une fonction » alors que la décision-cadre vise « *une personne qui exerce une fonction* ».

Il résulte de ce qui précède qu'une « *entité du secteur privé* » renvoie, a minima, à « *une personne physique ou une personne morale opérant dans le secteur privé ou au nom de cette dernière* ». La notion « d'entité du secteur privé » est donc bien plus large que celle de « *personne morale* ». Il peut subsister un doute concernant les personnes travaillant pour des sociétés ou des associations dénuées de personnalité morale qui ne sont pas expressément visées.

À titre de comparaison, la convention pénale du Conseil de l'Europe, qui emploie également l'expression « *entité du secteur privé* », retient une interprétation large : « *l'expression "entité du secteur privé" désigne les sociétés, les entreprises, les fondations et autres entités qui sont détenues entièrement ou dans une mesure déterminante par des particuliers [...]. Il peut s'agir de sociétés, mais aussi d'entités dépourvues de la personnalité juridique. Aux fins de cette disposition, le terme « entité » doit être compris comme pouvant également signifier, dans ce contexte, une personne physique* »⁴⁸⁴. Si cette interprétation ne s'impose pas à la décision-cadre, la plupart des États membres devront en tenir compte dans la mesure où ils ont adhéré à la convention pénale du Conseil de l'Europe.

242. Activités professionnelles. La décision-cadre ne définit pas non plus la notion « *d'activités professionnelles* ». Il est dès lors possible de se demander si cette notion est équivalente à celle d'activité commerciale utilisée dans la convention pénale sur la corruption : « *l'article 7 limite le champ de la corruption privée au domaine de "l'activité commerciale", excluant ainsi délibérément les activités à but non lucratif menées par des personnes ou des organisations, par exemple par des associations ou d'autres ONG. On a voulu ainsi mettre l'accent sur le secteur le plus vulnérable, c'est-à-dire le secteur des*

⁴⁸² Action commune relative à la corruption dans le secteur privé, art. 1.

⁴⁸³ Commission Staff Working Document, Annex to the Report from the Commission based on Article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 4.

⁴⁸⁴ Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, STE n° 173, p. 12.

affaires et des entreprises. Bien entendu, ce choix peut laisser subsister quelques lacunes, que les gouvernements voudront peut-être combler : rien n'empêcherait un État signataire de mettre en œuvre cette disposition en interprétant de manière non restrictive les mots "dans le cadre d'une activité commerciale". Au sens large, "activité commerciale" signifie tout type d'activité marchande, en particulier le commerce des biens et la fourniture de services, y compris les services fournis au public (transports, télécommunications)». Aussi, dans le cadre de la convention pénale du Conseil de l'Europe, rien n'empêche un État d'inclure la situation où une entité à but non lucratif a une activité commerciale au sens large (commerce de biens ou fourniture de services).

Toutefois, dans la décision-cadre, toutes les activités professionnelles des entités à but non lucratif sont visées et ne se limitent donc pas aux actes en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux. De même, concernant les entités à but lucratif, toutes les activités professionnelles devraient être incluses telles que les activités économiques, financières ou commerciales, énumérées à l'article 21 de la convention de Mérida.

243. Déclaration. Dès lors, l'intérêt de la déclaration allemande qui vient limiter la portée cette notion apparaît plus clairement : elle estime que l'expression « *dans le cadre des activités professionnelles* » doit être interprétée comme faisant référence aux activités liées à l'achat de biens ou de services commerciaux⁴⁸⁵. En outre, cette déclaration n'ayant pas été émise dans le cadre de l'article 2, paragraphe 3 de la décision-cadre, elle n'est pas soumise aux conditions de validités prévues aux paragraphes 4 et 5 du même article.

244. Caducité des déclarations. La décision-cadre ouvre la possibilité de limiter l'obligation des États membres aux « *actes qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux* ». Cette limitation est moins restrictive que celle contenue dans l'action commune⁴⁸⁶ qui permettait de limiter les distorsions de concurrence « *à l'intérieur du marché commun* »⁴⁸⁷. La décision-cadre suit donc le même mouvement prudent que celui adopté pour la lutte contre la corruption dans le secteur public, en permettant de limiter le champ

⁴⁸⁵ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007)328 final, p. 4.

⁴⁸⁶ P. SZAREK-MASON, *The European Union's fight against corruption : the evolving policy towards Member States and candidate countries*, coll. Cambridge Studies in European Law and Policy, éd. Cambridge University Press, 2010, p. 106.

⁴⁸⁷ Contrairement à ce qui est exposé dans le rapport de la Commission de 2007, il n'est plus possible de limiter l'obligation d'incriminer au marché intérieur.

d'application aux intérêts communautaires dans un premier temps puis de supprimer progressivement les différentes restrictions. La faculté ouverte par la décision-cadre, cohérente avec l'intérêt protégé, permet une certaine tolérance pour des actes qui relèveraient de la pratique et qui ne porteraient pas, a priori, préjudice à un acteur économique tiers : « *cette exception peut couvrir les cas dans lesquels dans un secteur déterminé les rapports entre les entreprises et leurs clients impliquent toujours l'offre d'un avantage : dès lors, une distorsion de la concurrence ne se présente pas. Quoique d'un point de vue général il s'agisse d'un avantage indu, cette offre est considérée comme normale, il paraît que cette dernière caractéristique a découlé de la tolérance pendant quelque temps* »⁴⁸⁸. Seuls quatre États membres ont levé cette option (Allemagne, Autriche, Italie et Pologne), valable pour cinq ans à compter de la date limite de transposition de la décision-cadre, soit du 22 juillet 2005 au 22 juillet 2010. Malgré l'avertissement de la Commission en 2007⁴⁸⁹, le Conseil n'a finalement pas examiné la question du renouvellement des déclarations avant la date limite⁴⁹⁰. Les déclarations sont donc devenues caduques.

245. Instigation et complicité. Enfin, l'article 3 de la décision-cadre oblige les États membres à incriminer les actes d'instigation et de complicité des actes de corruption active et passive dans le secteur privé. Sur le plan rédactionnel, la décision-cadre est plus claire que la convention de Bruxelles qui avait noyé l'instigation et la complicité dans l'article réservé aux sanctions⁴⁹¹. Toutefois, aucune définition n'est donnée dans un cas comme dans l'autre ne permettant aucune harmonisation en la matière. La tentative n'est pas mentionnée puisqu'elle est considérée, de manière classique, comme comprise dans la définition de l'infraction⁴⁹².

II. Une définition plus précise du régime des sanctions

246. La décision-cadre tend à démontrer la volonté des États membres de dépasser progressivement le standard des sanctions pénales effectives, proportionnelles et

⁴⁸⁸ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 555.

⁴⁸⁹ COM(2007)328 final.

⁴⁹⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, p. 3.

⁴⁹¹ V. *supra*, n^{os} 89. et s.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 6, note 3.

dissuasives, qui ne permet aucune harmonisation, vers un socle commun de sanction pénale, notamment en ce qui concerne de la durée maximale d'emprisonnement encourue (A). En revanche, la responsabilité des personnes morales, dont la pleine transposition reste difficile pour beaucoup d'États, a peu évolué. Toutefois, le régime des sanctions, qui restait limité au comportement de corruption active dans le cadre de la convention de Bruxelles⁴⁹³, a été étendu à tous les comportements prohibés (B).

A. La fixation d'un niveau de peine minimum pour les personnes physiques

247. Sanctions pénales. Le paragraphe 1 de l'article 4 de la décision-cadre reprend la formulation devenue classique concernant la sanction des personnes physiques : « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les actes visés aux articles 2 et 3 soient passibles de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives* ». La décision-cadre impose donc aux États d'incriminer les comportements prohibés par des sanctions de nature pénale, mais continue d'employer une expression vague. Cette marge d'appréciation est censée permettre aux États membres de sauvegarder une certaine cohérence dans la nature et le *quantum* des peines en droit interne. Comme il l'a déjà été évoqué à propos de la convention de Bruxelles⁴⁹⁴, les États membres n'ayant pas transféré la compétence d'incriminer directement un comportement, ils doivent réaliser un équilibre délicat entre la réussite des objectifs initialement fixés et le respect du principe de subsidiarité. Or, en l'absence de contrôle juridictionnel, la réalisation d'un tel équilibre apparaît difficile. L'analyse des sanctions prévues par la décision-cadre ne diffère donc pas de celle déjà réalisée sur les sanctions dans la convention de Bruxelles⁴⁹⁵.

248. Minimum de la peine maximale. L'article 4, paragraphe 2 de la décision-cadre se nourrit de certaines évolutions apportées par le traité d'Amsterdam. Il dispose : « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les actes visés à l'article 2 soient passibles d'une peine maximale d'au moins 1 à 3 ans d'emprisonnement* ». La décision-cadre supprime ainsi la distinction effectuée dans l'action commune entre les cas graves et mineurs de corruption. Toutes les infractions de corruption dans le secteur privé, au sens de la décision-cadre, doivent être assorties d'une peine privative de liberté. La

⁴⁹³ V. *supra*, n° 129.

⁴⁹⁴ V. *supra*, n°s 95. -96.

⁴⁹⁵ V. *supra*, n°s 98. et s.

décision-cadre fixe également le minimum de la peine maximale en prévoyant, de manière souple, une fourchette comprise entre 1 et 3 ans d'emprisonnement. L'intérêt de cette précision est l'établissement d'un critère objectif permettant, sans contrôle juridictionnel, de savoir si un État membre s'est conformé à ses obligations et, dans le cas contraire, d'exercer une pression politique.

249. Niveau de sanction. La possibilité de définir des niveaux de sanction est une évolution rendue possible par l'article 31§1, point e du Traité sur l'Union européenne, dans sa version issue du Traité d'Amsterdam, qui est l'un des fondements de la décision-cadre⁴⁹⁶ : « *adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* ». Toutefois, une limite a immédiatement été adoptée par le biais d'une déclaration tenant à l'impossibilité de prévoir des « *sanctions planchers* » : « *la Conférence estime que les dispositions de l'article K.3, point e), ne doivent pas avoir pour effet d'obliger un État membre dont le système judiciaire ne prévoit pas de peine minimale de les adopter* »⁴⁹⁷. La fixation d'un niveau de peine dissuadant les auteurs d'infractions de mettre à profit des divergences dans les systèmes judiciaires des États membres correspond à l'orientation établie lors du sommet de Tampere⁴⁹⁸. Devant l'importance de l'enjeu, la Commission a d'ailleurs pris l'initiative en 2003 de rédiger un livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne⁴⁹⁹.

250. Toutefois, l'article 4 paragraphe 2 de la décision-cadre étudiée peut recevoir plusieurs critiques. En premier lieu, il faut noter que l'instigation et la complicité ont été implicitement exclues, seuls les actes de corruption active et passive dans le secteur privé étant visés. En deuxième lieu, la portée de la fourchette posée est difficile à appréhender et pourrait s'avérer contreproductive. En effet, il peut être admis plusieurs lectures : il est possible d'y voir une distinction implicite entre les actes d'une gravité mineure et les actes

⁴⁹⁶ V. *supra*, n° 231.

⁴⁹⁷ Déclaration n°8 au Traité d'Amsterdam relative à l'article K.3, point e), du traité sur l'Union européenne.

⁴⁹⁸ Conclusions de la Présidence du Conseil européen lors du sommet de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, point 5.

⁴⁹⁹ Livre vert de la Commission Européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avr. 2004, COM(2004) 334 final.

graves de corruption, les premiers encourant un emprisonnement dont le minimum du maximum est d'un an tandis que les seconds seraient soumis au minimum à un maximum de trois ans. Il est également possible d'estimer que tout État prévoyant une peine maximale d'un an est formellement conforme à ses engagements, mais que la disposition incite à aller au-delà. C'est cette deuxième option qui semble être la bonne interprétation, la Commission européenne qualifiant cette fourchette de « *purement optique* »⁵⁰⁰.

251. La fourchette de un à trois ans susmentionnée peut apparaître, en matière de corruption, particulièrement insuffisante, même si de rares États membres prévoient des peines maximales inférieures à un an, à l'exemple de l'Autriche⁵⁰¹. La prévision d'un niveau de sanction permet, sans contrôle juridictionnel, de connaître les États qui ne respecteraient pas leurs engagements. Toutefois, cette disposition pourrait également faire obstacle, le cas échéant, à une appréciation casuistique puisqu'une peine maximale d'un an devrait être considérée en tout état de cause comme efficace, proportionnée et dissuasive au sens de la décision-cadre. Or, dans les cas graves de corruption, un tel niveau de sanction pourrait être jugé comme faible. Le paragraphe 2 contribue donc à affaiblir la portée de l'article 4 en lui niant sa principale vertu, la souplesse.

Le livre vert de la Commission souligne que, d'une manière générale, imposer une sanction unique est dénué d'intérêt et ne permet pas aux États membres de sauvegarder une échelle de sanction qui leur est propre. Aussi, si les instruments de rapprochement du droit pénal substantiel fixent un minimum de la peine maximale, il n'y a pas de maximum commun de peine⁵⁰². Toutefois, du fait de la multiplication des décisions-cadres, la Commission a mis en exergue la création d'une échelle de valeur commune : les seuils retenus, classés en quatre niveaux, sont de 1, 2, 5 et 10 ans de privation de liberté voire exceptionnellement au-delà⁵⁰³. Les sanctions prévues dans la décision-cadre du 22 juillet 2003 correspondent donc au plus faible niveau de sanction possible.

252. Peine complémentaire. De manière plus originale, le paragraphe 3 de l'article 4 de la décision-cadre prévoit une peine complémentaire d'interdiction professionnelle,

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁰¹ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 8.

⁵⁰² Livre vert de la Commission Européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avr. 2004, COM(2004) 334 final, p. 54.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 19.

mais uniquement lorsqu'un risque de récidive se présente⁵⁰⁴ : « *chaque État membre prend, conformément à ses règles et à ses principes constitutionnels, les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne physique qui, dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique, a été condamnée pour un acte visé à l'article 2, soit, le cas échéant, au moins lorsqu'elle a occupé une position de direction dans une entreprise, déchu temporairement du droit d'exercer cette activité professionnelle ou une activité professionnelle comparable dans une position ou une fonction similaire, s'il résulte des faits constatés qu'il existe un risque manifeste de la voir abuser de sa position ou de sa charge par corruption active ou passive* ». Afin d'inciter les États membres à mettre en œuvre ces mesures, une marge d'appréciation importante a été conservée. Certains États membres, à l'exemple du Danemark, semblent être allés au-delà des prescriptions de la décision-cadre et n'ont pas indiqué de limite temporelle à la déchéance professionnelle encourue⁵⁰⁵. Une zone d'ombre demeure autour de l'expression « *activité professionnelle spécifique* » qui sous-entend la possibilité de réduire ces mesures à certaines activités professionnelles limitativement énumérées. Toutefois, la Commission a estimé que cette approche, retenue par l'Autriche, n'était pas conforme à l'article 4 de la décision-cadre. L'expression susmentionnée ne constituerait donc qu'une redondance par rapport à la définition des infractions donnée à l'article 2.

B. L'extension de la responsabilité des personnes morales à tous les comportements prohibés

253. Définition de la personne morale. L'article premier de la décision-cadre définit la personne morale comme toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable. En renvoyant au droit national, la décision-cadre n'entend opérer aucune harmonisation en la matière. De plus, elle écarte explicitement de cette définition les États ou les autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques : « *étant donné qu'il y a des États qui n'acceptent pas que l'État soit poursuivi et puni pour des infractions, cette exception n'étonne pas* »⁵⁰⁶. Cette exception ne s'applique toutefois pas lorsqu'une entité publique

⁵⁰⁴ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 555.

⁵⁰⁵ Commission Staff Working Document, Annex to the Report from the Commission based on Article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 47.

⁵⁰⁶ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 554.

n'exerce pas ses prérogatives de puissance publique. Cette définition, identique à celle du deuxième protocole PIF⁵⁰⁷, ne consacre aucune évolution vis-à-vis des instruments du troisième pilier et prend acte de l'extrême diversité des cultures juridiques en la matière.

254. Imputabilité. La décision-cadre prévoit l'engagement de la responsabilité des personnes morales pour les actes de corruption dans le secteur privé commis à son bénéfice par un de ses dirigeants ou une personne soumise à l'autorité de ce dernier. Dans le premier cas, la décision-cadre demande aux États membres d'adopter « *les mesures nécessaires pour s'assurer que les personnes morales peuvent être tenues pour responsables des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsque ces dernières ont été commises à leur bénéfice par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes :*

- a) *un pouvoir de représentation de la personne morale, ou*
- b) *une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou*
- c) *une autorité pour exercer un contrôle interne ».*

Outre le cas susmentionné, la décision-cadre oblige chaque État membre à prendre « *les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une infraction visée aux articles 2 et 3 au bénéfice de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité ».*

255. Cumul. Enfin, l'article 5, paragraphe 3 admet explicitement le cumul des sanctions : la responsabilité des personnes morales n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices d'actes de corruption active ou passive dans le secteur privé.

256. Sanctions des personnes morales. Quant aux sanctions, ni leur nature ni leur *quantum* ne sont précisés et elles diffèrent en fonction de l'auteur de l'infraction. S'il s'agit d'un dirigeant, l'article 6, paragraphe 1 prévoit que « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 6 paragraphe 1 (sic), soit passible de sanctions effectives, proportionnées et*

⁵⁰⁷ Deuxième protocole PIF, art. 1.

dissuasives, qui comportent des amendes pénales ou administratives et éventuellement d'autres sanctions, notamment :

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics ;*
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale ;*
- c) un placement sous surveillance judiciaire, ou*
- d) une mesure judiciaire de dissolution ».*

À la différence de certaines décisions-cadres⁵⁰⁸, la possibilité de fermer, de manière définitive ou temporaire, un établissement ayant servi à commettre l'infraction n'est pas prévue. Un auteur relève que « *ceci s'explique par le caractère soi-disant "intellectuel" de ce type d'infractions* »⁵⁰⁹.

S'il s'agit d'une personne placée sous l'autorité d'un dirigeant, l'obligation est encore plus vague : « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale, déclarée responsable conformément à l'article 5, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives* ».

257. Proximité avec la convention de Bruxelles. Les dispositions de l'article 5 de la décision-cadre, relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité de la personne morale, et de l'article 6, relatives aux sanctions encourues, sont très proches tant sur la forme que sur le fond de celles du deuxième protocole PIF. Quelques différences rédactionnelles mineures existent et une coquille, dans la version française, peut être relevée à l'article 6, paragraphe 1 qui procède à un renvoi à lui-même, alors qu'il devrait viser l'article 5 paragraphe 1. L'analyse détaillée de ces dispositions présente, pour l'essentiel, peu de différences⁵¹⁰.

258. Spécificités de la décision-cadre. Cependant, plusieurs spécificités de la décision-cadre doivent être relevées. En premier lieu, contrairement au deuxième protocole PIF, mais aussi à la différence de l'action commune du 22 décembre 1998, la décision-cadre prévoit la responsabilité des personnes morales tant pour les actes de corruption active que passive. Ce choix apparaît cohérent puisqu'en matière de corruption dans le secteur privé le corrupteur et le corrompu dirigent ou travaillent nécessairement tous les deux pour une entité du secteur privé, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de

⁵⁰⁸ Par ex., Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, art. 8.

⁵⁰⁹ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 555.

⁵¹⁰ V. *supra*, n^{os} 119. et s.

la corruption d'un fonctionnaire européen. Toutefois, compte tenu de la définition de la personne morale retenue à l'article premier de la décision-cadre⁵¹¹, la possibilité d'engager la responsabilité d'une entité publique, tant pour les cas de corruption active que passive, doit être prévue lorsqu'elle n'agit pas dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

259. Instigation et complicité. En second lieu, contrairement au deuxième protocole PIF, la responsabilité de la personne morale est également engagée lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'un dirigeant a rendu possible l'instigation ou la complicité d'un acte de corruption, dans le secteur privé, au bénéfice de la personne morale par une personne soumise à son autorité.

260. Transposition. La décision-cadre se contente donc essentiellement d'étendre la responsabilité des personnes morales aux actes de corruption active et passive dans le secteur privé, sans apporter d'évolution particulière par rapport aux instruments précédents du troisième pilier. Une telle évolution ne semble d'ailleurs pas souhaitée par les États membres qui conservent une formulation identique dans les directives adoptées après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁵¹². Devant la diversité des cultures juridiques, la principale préoccupation de la Commission reste d'assurer la pleine transposition : plusieurs États membres n'avaient, en 2011, toujours pas ou partiellement transposé en droit interne une responsabilité des groupements en cas d'actes de corruption dans le secteur privé⁵¹³. Ce faible taux de transposition est notamment dû à la difficulté d'introduire les dispositions de l'article 5, paragraphe 2 dans certains ordres juridiques.

SECTION II. Une mise en œuvre restreinte et tardive

261. Coopération (exclusion). La décision-cadre du 22 juillet 2003 bénéficie des évolutions consacrées par le traité d'Amsterdam : certaines dispositions, comme celles relatives à la compétence de la CJCE ou à la coopération judiciaire en matière pénale,

⁵¹¹ V. *supra*, n° 253.

⁵¹² Par ex., Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, *JOUE* L 151 du 21/05/2014, pp. 1 et s., art. 6.

⁵¹³ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, pp. 7-8.

destinées à assurer une mise en œuvre effective, ne sont plus systématiquement négociées puis réitérées dans chaque instrument sectoriel.

Ainsi, les conclusions du Conseil européen de Tampere⁵¹⁴ ont reconnu l'importance de parvenir à une meilleure compatibilité et à une convergence accrue dans les systèmes juridiques des États membres, mais ont également posé, en tant que pierre angulaire d'un véritable espace européen de justice, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Les articles 29, 30 et 31 du Traité sur l'Union européenne⁵¹⁵ ont par ailleurs servi de fondement pour l'adoption de nombreuses décisions-cadres dans les domaines de la coopération policière et judiciaire. Le Professeur Stefano Manacorda observe que le renforcement et l'élargissement de la coopération ont prospéré dans trois directions : *« premièrement, les initiatives de rapprochement des normes pénales d'incrimination – et plus largement du droit pénal de fond [...]. Deuxièmement, la technique complexe de la reconnaissance mutuelle [...]. Enfin, ce qui est plus novateur, un nouvel élan a été donné au renforcement des agences européennes de coopération judiciaire et policière que sont Eurojust et Europol »*⁵¹⁶. La décision-cadre étudiée ici s'inscrit donc dans ces stratégies d'intégration normative. Elle ne contient logiquement aucune disposition relative à la coopération policière ou judiciaire et ne s'intéresse pas aux modalités d'extradition. Cette stratégie est prolongée par le traité de Lisbonne qui fonde la coopération judiciaire sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, mais qui continue à encourager le rapprochement des dispositions pénales⁵¹⁷.

262. Toutefois, la décision-cadre n'a, pendant longtemps, pas fait l'objet d'une mise en œuvre satisfaisante malgré l'adoption de plusieurs dispositions d'accompagnement régissant son application dans le temps (II) et dans l'espace (I).

I. L'application de la décision-cadre dans l'espace

263. L'application de la décision-cadre dans l'espace s'est trouvée restreinte, d'une part, par la compétence limitée des États membres qui ont été réticents à se reconnaître

⁵¹⁴ Conclusions de la Présidence du Conseil européen lors du sommet de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, points 40 et s.

⁵¹⁵ Dans leur version postérieure au traité d'Amsterdam et antérieure au traité de Lisbonne.

⁵¹⁶ S. MANACORDA, « La mutation "à droit constant" du Troisième pilier : renforcement et élargissement de la coopération », *RSC*, 2008, pp. 995 et s.

⁵¹⁷ TFUE (Lisbonne), art. 82 et s.

compétents lorsque l'infraction est commise à l'étranger (A) et, d'autre part, en raison d'un champ d'application territorial qui n'incluait pas, jusqu'en 2012, le territoire Gibraltar (B).

A. La compétence limitée des États membres pour poursuivre la corruption du secteur privé

264. La décision-cadre reprend une articulation devenue classique dans les instruments d'harmonisation du droit pénal substantiel de l'Union européenne en se concentrant sur la compétence territoriale et sur la compétence personnelle active, la première étant obligatoire et la seconde facultative (1). Toutefois, afin d'éviter que certaines personnes morales n'échappent à toute répression, elle prévoit une troisième règle de compétence susceptible de poser des difficultés de transposition, celle du bénéficiaire de l'infraction (2).

1. L'articulation classique de la compétence territoriale et extraterritoriale

265. Compétences. L'article 7, paragraphe 1 de la décision-cadre exige que chaque État membre établisse sa compétence lorsque l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur son territoire (principe de territorialité), lorsque l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants (principe de personnalité active) ou lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale qui a son siège sur le territoire de cet État membre. Néanmoins, l'article 7 paragraphe 2 autorise les États membres à déroger, entièrement ou partiellement, aux deux dernières règles de compétence susmentionnées si l'infraction a été commise en dehors de son territoire. La décision-cadre étudiée n'innove pas en matière de compétence et se contente de reprendre un standard présent dans de nombreux instruments adoptés après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam⁵¹⁸.

266. Compétence personnelle passive. En revanche, les États membres n'ont pas l'obligation d'établir leur compétence lorsque l'infraction est survenue au détriment de l'un de leur ressortissant. Une telle compétence aurait permis de protéger les entreprises

⁵¹⁸ Par ex., Décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, *JOCE* L 149 du 2 juin 2001, art. 9 ; Décision-cadre 2002/222/JAI du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, *JOCE* L 69, 16 mars 2005, art. 10.

qui évoluent sur des marchés étrangers et de réduire les distorsions de concurrence auxquelles elles peuvent être soumises. Cependant, malgré la protection qu'elle est susceptible d'offrir en matière de lutte contre la corruption, la compétence personnelle passive demeure une immixtion dans la souveraineté des autres États⁵¹⁹.

267. Champ d'application. À la différence de la convention de Bruxelles, toutes les infractions visées par la décision-cadre sont concernées c'est-à-dire non seulement les actes de corruption active et passive dans le secteur privé, mais aussi ceux de complicité et d'instigation.

268. Caractère facultatif. Le dispositif est essentiellement incitatif et de nombreux États membres n'ont pas hésité à y déroger en se prévalant des dispositions de l'article 7, paragraphe 2. En principe, les États membres qui posent une condition de double incrimination pour les infractions commises à l'étranger devront émettre une déclaration en ce sens. Cependant, cette condition devrait être systématiquement remplie dans l'Union européenne. À la différence de la lutte contre la corruption dans le secteur public, le secteur privé ne fait l'objet d'aucune disposition contraignante dans le cadre des conventions OCDE ou ONU. L'enjeu principal réside donc dans des situations où l'infraction est commise en dehors de l'Union européenne. D'une manière générale, le principe de territorialité et le principe de personnalité active n'ont pas entraîné de difficulté particulière, la complexité du régime résidant dans les déclarations émises par les États membres.

2. Le critère du bénéficiaire de l'infraction : un principe de territorialité ?

269. Critère du bénéficiaire de l'infraction. La troisième règle de compétence mérite une attention particulière, certains droits positifs ne connaissant pas le critère du bénéficiaire de l'infraction. Un auteur la classe avec le principe de territorialité puisqu'elle est fondée sur le lieu où se trouve le siège de la personne morale⁵²⁰. Or, s'il existe un critère territorial dans les deux hypothèses, l'intérêt de cette troisième règle de

⁵¹⁹ E. CAFRITZ, O. TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC*, 2003, pp. 733 et s.

⁵²⁰ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 555.

compétence, qui recouvre partiellement la première, réside dans les situations extraterritoriales.

La formulation imprécise de cette disposition complexifie l'étude de sa portée exacte. Une première confusion mineure peut naître de l'expression « *pour le compte de* ». Elle est, dans les faits, exactement identique à l'expression « *au bénéfice de* », les deux formulations étant employées de manière interchangeable dans le deuxième protocole PIF et dans la décision-cadre étudiée ici. Une deuxième difficulté tient au critère du siège social de la personne morale : la décision-cadre ne précise pas si celui-ci correspond au siège statutaire ou réel, voire aux deux. Le droit belge a ainsi choisi de faire explicitement référence à la fois au siège statutaire et au siège factuel⁵²¹. Il doit, d'une manière générale, être renvoyé au droit positif de chaque État membre, la décision-cadre n'opérant aucune harmonisation en la matière. Malgré cette approximation mineure, il faut rappeler que, du point de vue de la prévisibilité et en l'absence d'un texte pénal explicite, le lieu du siège est généralement vu comme le seul critère acceptable pour l'établissement de la compétence pénale extraterritoriale⁵²².

270. Compétence à l'encontre des personnes morales. Avec la règle de compétence précitée, les rédacteurs de la décision-cadre ont, semble-t-il, voulu renvoyer implicitement à la compétence des États membres pour poursuivre une personne morale. En effet, sa formulation rappelle immédiatement celle de l'article 5 de la décision-cadre⁵²³.

Néanmoins, l'article 7 ne procède à aucun renvoi explicite. Une interprétation littérale pourrait donc conduire à une obligation d'établir sa compétence à l'encontre des personnes physiques sur ce fondement. Bien que cette interprétation semble conforme à la lettre de l'article 7, paragraphe 1, point c, une telle compétence autoriserait un État membre à poursuivre un ressortissant étranger ayant commis une infraction de corruption à l'étranger dès lors que celle-ci a été réalisée pour le compte d'une personne morale qui a son siège sur le territoire de cet État membre.

Les documents de travail utilisés par la Commission européenne pour établir ses rapports de suivi permettent de confirmer que cette disposition ne s'applique que dans l'hypothèse de la responsabilité des personnes morales pour les actes commis à l'étranger. Aucun État membre n'entend donc établir sa compétence à l'encontre d'une personne

⁵²¹ Code d'instruction criminelle belge, art. 23 et 24.

⁵²² M. DELMAS-MARTY, « Personnes morales étrangères et françaises », *Revue des sociétés*, 1993, p. 256.

⁵²³ V. *supra*, n° 254.

physique sur ce fondement. En revanche, cette règle de compétence doit permettre la poursuite des personnes morales pour les deux cas visés par l'article 5 de la décision-cadre. Il en résulte, tout d'abord, que la situation évoquée ci-dessus ne devrait pas permettre la poursuite du ressortissant étranger ayant commis l'infraction à l'étranger, mais pourrait entraîner la responsabilité de la personne morale là où elle a domicilié son siège.

271. Transposition. Le troisième cas de compétence n'apparaît pas complexe à mettre en œuvre, mais s'est avéré particulièrement difficile à transposer pour les États membres qui ne connaissent pas le critère du bénéficiaire de l'infraction. Aussi de nombreux États ont déclaré qu'ils n'appliqueraient pas ce cas de compétence, alors même que leur droit interne pourrait être conforme à la décision-cadre, à l'exemple de la Suède⁵²⁴. D'autres États n'ont pas émis de déclaration, et se sont abstenus de transmettre des informations à la Commission pour ce cas de compétence.

D'une manière générale, si l'on se réfère au document de travail de la Commission le plus récent, les États membres peuvent être entièrement ou partiellement conformes dans trois hypothèses :

- Le critère du bénéficiaire de l'infraction est explicitement prévu par la loi (Belgique⁵²⁵) ou la jurisprudence (Pays-Bas⁵²⁶) ;
- Seul le critère du siège social est prévu par la loi, et le bénéficiaire de l'infraction n'est pas explicitement mentionné (Luxembourg⁵²⁷, Slovénie⁵²⁸, Royaume-Uni⁵²⁹). Ce critère peut renvoyer à l'auteur de l'infraction. Il faut relever que, en principe, le bénéficiaire de l'infraction et le responsable sont identiques ;
- Le critère du siège social permet d'établir la nationalité de la personne morale et la loi ou la jurisprudence ont étendu le principe de personnalité active aux personnes morales (Roumanie⁵³⁰, Pays-Bas⁵³¹).

⁵²⁴ Commission staff Working paper, Report from the Commission to the Council and to the European Parliament based on article 9 of the council framework decision 2003/568/JHA OF 22 JULY 2003 on combating corruption in the private sector, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, pp. 119 et s.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 113 et s.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 121.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 117 et s.

⁵³¹ Les Pays-Bas reconnaissent le critère du bénéficiaire de l'infraction et acceptent d'établir leur compétence sur le fondement de la personnalité active.

Toutefois, dans ces deux derniers cas, le régime est souvent complexe et d'autres critères peuvent venir interférer. Aussi, même s'ils couvrent en grande majorité les mêmes situations que celles visées par le troisième cas de compétence de la décision-cadre, ces États devraient émettre une déclaration. Cette attitude prudente a été retenue par le Royaume-Uni.

272. Refus d'extradition. L'article 7, paragraphe 3 prévoit qu'un État membre qui « conformément à sa législation nationale, ne remet pas encore ses ressortissants, prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsqu'elles sont commises par un de ses ressortissants ». Cette disposition tient compte de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁵³², entrée en vigueur le 7 août 2002, qui a pour effet de la rendre obsolète, sauf pour les États dont la législation « ne remet pas encore » ses ressortissants.

B. L'extension de la décision-cadre au territoire de Gibraltar

273. Application géographique. Les décisions-cadres requérant pour leur adoption l'unanimité au Conseil, mais n'étant pas soumises aux ratifications nationales⁵³³, elles s'appliquent à tous les États membres qui doivent généralement les transposer avant une date limite. Toutefois, certains territoires européens connaissent un statut particulier et, bien que rattachés à un État membre de l'Union européenne, ne se voient non seulement pas appliquer automatiquement les décisions-cadres, mais, le cas échéant, disposent d'une certaine autonomie dans leur transposition.

274. Spécificité de Gibraltar. Le territoire de Gibraltar, dont la souveraineté fait régulièrement l'objet de tensions entre l'Espagne et le Royaume-Uni⁵³⁴, peut se prévaloir

⁵³² Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

⁵³³ TUE (Amsterdam), art. 34.

⁵³⁴ C. CHAMBRAUD, « Gibraltar : nouvel épisode de tension entre le Royaume-Uni et l'Espagne », *Le Monde* [En ligne], 21 août 2013, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/08/20/gibraltar-nouvel-episode-de-tension-entre-le-royaume-uni-et-l-espagne_3463797_3214.html

d'un tel statut⁵³⁵ : malgré son importance économique⁵³⁶, les dispositions adoptées au sein de l'Union européenne concernant la lutte contre la corruption tant dans le secteur public que privé ne lui sont pas automatiquement applicables. L'introduction de dispositions expresses pour l'y soumettre s'est donc avérée nécessaire. Concernant la corruption dans le secteur public, les États membres ont adopté le 22 juillet 2003, soit le même jour que la décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, une décision étendant l'application territoriale de la convention de Bruxelles⁵³⁷. Concernant la lutte contre la corruption dans le secteur privé, l'article 10 de la décision-cadre prévoit son application à Gibraltar.

275. Autonomie. Néanmoins, Gibraltar dispose d'une certaine autonomie législative et n'est donc pas automatiquement soumis aux lois britanniques. Aussi, la Commission relève dans son rapport de 2007⁵³⁸ et dans celui de 2011⁵³⁹ que Gibraltar n'a pas transposé la décision-cadre. Le Royaume-Uni, qui assure les relations extérieures de Gibraltar, avait avancé des problèmes de calendrier législatif.

276. Crimes Act. Dès 2005, Gibraltar a soumis au Royaume-Uni un projet de Loi sur la corruption transnationale, mais ce dernier n'a pas abouti⁵⁴⁰. Depuis le dernier rapport de la Commission européenne, Gibraltar semble s'être conformé à ses obligations en adoptant le *Crimes Act*⁵⁴¹, entré en vigueur le 23 novembre 2012. En effet, la partie 24 de la loi précitée est une reprise presque identique⁵⁴² des dispositions du *Bribery Act*⁵⁴³ adopté

⁵³⁵ V. le Traité relatif à l'adhésion à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signé le 22 janvier 1972, en vigueur au 1^{er} janvier 1973, *JOCE* L 73 du 27 mars 1972 ; v. égal., TUE (Lisbonne), art. 355§3 ; Déclaration n° 55 au traité de Lisbonne du Royaume d'Espagne et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁵³⁶ « Gibraltar, une oasis économique », *Le Figaro* [En ligne], 11 août 2013, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2013/08/11/97002-20130811FILWWW00068-gibraltar-une-oasis-economique.php>

⁵³⁷ Décision 2003/642/JAI du 22 juillet 2003 concernant l'application à Gibraltar de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, *JOCE* L 226 du 10 sept. 2003, p. 27.

⁵³⁸ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 9.

⁵³⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, p. 10.

⁵⁴⁰ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, phase 3, mars 2012, p. 63.

⁵⁴¹ *Crimes Act* de Gibraltar, n° 2011-23, en vigueur au 23 novembre 2012.

⁵⁴² Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, phase 3, mars 2012, p. 63.

⁵⁴³ *Bribery Act* du Royaume-Uni, adopté le 8 avril 2010, en vigueur au 1^{er} juillet 2011.

en 2010 par le Royaume-Uni. Or, dans son rapport de 2011, la Commission s'est notamment fondée sur les dispositions du *Bribery Act* pour déclarer le droit positif britannique conforme à la décision-cadre.

277. Conformité à la décision-cadre. Toutefois, quelques divergences subsistent entre le *Crimes Act* et le *Bribery Act*. À titre d'exemple, dans le *Bribery Act*, l'un des éléments constitutifs des infractions de corruption consiste à attendre du corrompu qu'il exécute d'une manière inappropriée une fonction ou activité pertinente. Ces activités ou fonctions pertinentes comprennent :

« - toute fonction de caractère public,
 - toute activité reliée à des affaires,
 - toute activité exécutée dans le cadre de l'emploi d'un particulier,
 - toute activité exécutée pour, ou pour le compte d'un groupe de personnes (constitué ou non en personne morale) »⁵⁴⁴.

Le *Crimes Act* adopté par Gibraltar supprime la référence à l'activité exécutée dans le cadre de l'emploi d'un particulier. Or, l'article 1 de la décision-cadre exige que l'obligation susceptible d'être violée par le corrompu couvre « la violation de règles ou de directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité professionnelle d'une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé ». Aussi, la conformité du *Crimes Act* par rapport à la décision-cadre est incertaine. Elle dépendra notamment de la portée donnée par le droit local à l'expression « toute activité reliée à des affaires ».

II. L'application et l'évaluation de la décision-cadre dans le temps

278. La mise en œuvre de la décision-cadre s'est avérée tardive et reste encore aujourd'hui partielle pour deux raisons : d'une part, la date limite de transposition n'a pas été respectée par certains États membres (A) et, d'autre part, les mécanismes de suivi n'ont pas permis d'assurer des transpositions satisfaisantes⁵⁴⁵, malgré une extension des

⁵⁴⁴ Norton Rose Fullbright, *Traduction en français de la Loi britannique sur la corruption (UK Bribery Act 2010)*, mai 2011, URL : <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/49752/traduction-en-francais-de-la-loi-britannique-sur-la-corruption-uk-bribery-act-2010>

⁵⁴⁵ V. *infra*, n^{os} 559. et s.

attributions de la Cour de Justice et de la Commission européenne depuis le 1^{er} décembre 2014 (B).

A. Une transposition tardive de la décision-cadre

279. Entrée en vigueur. L'entrée en vigueur de la décision-cadre n'étant pas soumise aux ratifications des États membres, l'article 11 prévoit que celle-ci interviendra le jour de sa publication au Journal Officiel de l'Union européenne. En l'espèce, la décision-cadre est publiée au Journal Officiel du 31 juillet 2003.

280. Date limite de transposition. L'intérêt principal de ce mécanisme est la possibilité de fixer une date limite de transposition : « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre avant le 22 juillet 2005* ». Ce calendrier précis a contraint plusieurs États membres à adopter rapidement de nouvelles dispositions législatives, à l'exemple de la France qui a cherché à se conformer à ses obligations par une loi en date du 4 juillet 2005⁵⁴⁶. Cependant, Gibraltar⁵⁴⁷ et d'autres États membres⁵⁴⁸ n'ont pas respecté la date limite.

B. Un renforcement du contrôle juridictionnel après le traité de Lisbonne

281. Mécanisme de suivi. Le mécanisme de suivi de la décision-cadre semble s'être avéré, jusqu'à présent, peu efficace. Le calendrier fixé n'a pas été respecté : l'article 9, paragraphe 2 de la décision-cadre prévoit la rédaction de deux rapports, l'un de la Commission et l'autre établi à partir des informations transmises par les États membres avant le 22 juillet 2005 relatives aux dispositions adoptées dans leur droit national pour transposer la décision-cadre. Ces rapports devaient permettre au Conseil de vérifier avant le 22 octobre 2005 dans quelle mesure les États membres s'étaient conformés à la décision-cadre. Toutefois, la Commission ne rendra son premier rapport, accompagné d'un document de travail analysant de manière détaillée les mesures nationales, que le 18 juin 2007. De surcroît, le Conseil ne semble pas s'être prononcé sur la conformité des

⁵⁴⁶ L. n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11136.

⁵⁴⁷ V. *supra*, n° 210.

⁵⁴⁸ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 12.

États membres à la décision-cadre et a omis de réexaminer, conformément aux prescriptions de l'article 2, paragraphe 5, les déclarations faites au titre de l'article 2, paragraphe 3, avant le 22 juillet 2010. Le deuxième rapport, rendu par la Commission le 6 juin 2011, s'inscrit dans la continuité du premier : la Commission a estimé que le programme de Stockholm, qui invite la Commission à élaborer une politique globale de lutte contre la corruption et à établir un mécanisme pour évaluer les efforts des États membres dans ce domaine⁵⁴⁹, a rendu nécessaire une nouvelle évaluation de la mise en œuvre de la décision-cadre. Le travail de la Commission semble avoir été rendu particulièrement difficile par la transmission tardive d'informations parcellaires tant en 2007 qu'en 2011. Afin de conduire son évaluation, la Commission a par conséquent décidé de se fonder sur un ensemble de critères généraux adoptés pour évaluer la mise en œuvre des décisions-cadres⁵⁵⁰. Elle s'est également appuyé sur le travail de l'OCDE et du Conseil de l'Europe ce qui ne ressort pourtant pas clairement de ses rapports ou documents de travail annexés. La méthodologie retenue dans la décision-cadre fondée sur la bonne volonté des États membres a donc rapidement montré ses limites : *« la présente évaluation se limite à la transposition de dispositions spécifiques dans les législations nationales. En raison du manque de données chiffrées et de statistiques comparables sur la corruption dans le secteur privé, il n'a pas été possible d'évaluer les incidences pratiques de la transposition des dispositions de cette décision-cadre »*⁵⁵¹.

282. Procédure d'infraction. Le mécanisme d'évaluation de la décision-cadre est essentiellement fondé sur un suivi de la Commission. Les importantes limites imposées par le traité d'Amsterdam ont empêché la Commission de tirer toutes les conséquences des très nombreuses absences de transposition constatées : *« la Commission n'étant pas habilitée, dans le cadre du troisième pilier, à engager une procédure d'infraction contre un État membre, la nature et l'objet du présent rapport se limitent à une évaluation factuelle des mesures de transposition adoptées par vingt-trois États membres »*⁵⁵².

⁵⁴⁹ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115 du 4 mai 2010, pp. 1 et s.

⁵⁵⁰ Rapport de la Commission fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, 13 déc. 2001, COM(2011) 771 final, point 1.2.2.

⁵⁵¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309, p. 10.

⁵⁵² Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final.

283. Ancien contrôle juridictionnel de la décision-cadre. La décision-cadre ne prévoit aucune disposition concernant les attributions de la Cour de Justice. En effet, à compter du traité d'Amsterdam, la compétence de la Cour de Justice relative à l'ensemble des instruments du troisième pilier a été réglée par l'article 35 du traité sur l'Union européenne⁵⁵³. Cet article s'inspirait des dispositions insérées dans certaines conventions antérieures⁵⁵⁴ et prévoyait donc une compétence restreinte de la Cour de Justice par rapport aux actes du premier pilier. Concernant le recours préjudiciel relatif à la validité ou à l'interprétation des décisions-cadres, chaque État membre avait la possibilité d'accepter la compétence de la Cour de Justice par le biais d'une déclaration ainsi que d'en définir certaines modalités⁵⁵⁵. La faiblesse du contrôle institué par le traité d'Amsterdam, qui empêchait notamment la Commission d'exercer une action en manquement, n'a pas permis de vaincre la résistance de certains États membres.

284. Dispositions transitoires. Le traité de Lisbonne a remédié à ces carences en uniformisant les compétences de la Cour de Justice⁵⁵⁶. L'article 9 du protocole n° 36 sur les dispositions transitoires précise que les effets juridiques des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Aussi, les décisions-cadres resteront privées d'effet direct.

285. L'article 10 du protocole n° 36 prévoit l'application des nouvelles compétences de la Cour de Justice à l'issue d'une période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne : « *à titre de mesure transitoire, et en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière*

⁵⁵³ F. ROUCHEREAU, « Article 35 (ex-article K.7) », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 102 et s. ; J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, pp. 495 et s. ; H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTD Eur.*, 2006, pp. 8 et s. ; A. BERNARDI, « Le rôle du troisième pilier dans l'europeanisation du droit pénal – Un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités », *RSC*, 2007, pp. 713 et s.

⁵⁵⁴ V. *supra*, n^{os} 196. et s.

⁵⁵⁵ A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH, D. SPIELMANN (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, éd. de l'Université de Bruxelles Institut d'études européennes, Bruxelles, 2009, pp. 273 et s.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, pp. 227 et s. ; A. GOGORZA, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, n° 10, octobre 2010, étude 26. ; Y. BOT, « Quelques perspectives après Lisbonne », *JCP G*, n° 52, décembre 2009, 580.

pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les attributions des institutions sont les suivantes à la date d'entrée en vigueur dudit traité : les attributions de la Commission en vertu de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne seront pas applicables et les attributions de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, restent inchangées, y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne ». À compter du 1^{er} décembre 2014, la CJUE pourra exercer l'ensemble de ses attributions⁵⁵⁷ pour contrôler la décision-cadre du 22 juillet 2003. Les pressions politiques exercées sur le fondement des rapports établis par la Commission sont donc automatiquement doublées d'un contrôle juridictionnel étendu par l'effet du traité de Lisbonne. La période qui s'ouvre est donc cruciale puisque, pour la première fois, la transposition d'un instrument international destiné à opérer un rapprochement du droit pénal substantiel en matière de corruption pourra faire l'objet d'un contrôle par une juridiction supranationale.

286. Limites du contrôle juridictionnel. Toutefois, le traité de Lisbonne a maintenu, à son article 276 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une exception créée par le traité d'Amsterdam : *« dans l'exercice de ses attributions concernant les dispositions des chapitres 4 et 5 du titre V, de la troisième partie, relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »*.

287. Originalité de la décision-cadre. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé ne fait pas consensus au niveau international, ce qui accentue le caractère original de la décision-cadre. La convention OCDE ne vise que la corruption d'agents publics étrangers. La convention de Mérida s'intéresse à la corruption dans le secteur privé et donne, à son article 21, une définition de l'infraction proche de celle retenue par la décision-cadre. Toutefois, il s'agit d'une disposition incitative puisque les signataires sont uniquement tenus d'envisager la répression de ce comportement. L'absence de force

⁵⁵⁷ A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *op. cit.*, pp. 227 et s.

obligatoire de cette disposition résulte d'un compromis entre l'Union européenne et les États-Unis⁵⁵⁸. Comme le remarque un auteur⁵⁵⁹, contrairement à la décision-cadre, la convention de Mérida s'intéresse à la prévention de la corruption et au renforcement des normes de comptabilité et d'audit dans le secteur privé et propose de prévoir s'il y a lieu des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect. Elle incite notamment les signataires à encourager l'élaboration de codes de conduite dans les entreprises, à promouvoir la transparence en adoptant des mesures concernant l'identité des personnes qui constituent et gèrent des sociétés et à prévenir les conflits d'intérêts en imposant des restrictions concernant l'emploi par le secteur privé d'agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite⁵⁶⁰.

288. Conseil de l'Europe. Seuls les articles 7 et 8 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe imposent l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé. Les articles précités sont proches des dispositions de la décision-cadre. Dans son rapport de 2007⁵⁶¹, la Commission relève que la décision-cadre est plus large que la convention pénale sur la corruption. Tout d'abord, l'article 18 de la convention pénale sur la corruption prévoit la responsabilité des personnes morales, mais celle-ci ne s'étend pas à la corruption passive. Ensuite, la convention pénale sur la corruption ne vise que les actes commis dans le cadre d'une activité commerciale, ce qui a pour effet d'exclure les entités à but non lucratif. En revanche, la Commission souligne que la convention pénale susmentionnée avait, par certains aspects, une approche plus large : l'action commune puis la décision-cadre étaient limitées aux distorsions de concurrence. Cette observation aurait dû être limitée aux États qui avaient opté pour cette restriction conformément au paragraphe 3 et 4 de l'article 2 de la décision-cadre. De plus, depuis le 22 juillet 2010, les déclarations émises à ce sujet sont devenues caduques⁵⁶². Aussi, la décision-cadre ne se limite plus aux comportements impliquant une distorsion de concurrence. Il s'agit donc bien de l'instrument international le plus répressif en matière de corruption dans le secteur privé.

⁵⁵⁸ V. *supra*, n° 221.

⁵⁵⁹ P. SZAREK-MASON, *The European Union's fight against corruption : the evolving policy towards Member States and candidate countries*, coll. Cambridge Studies in European Law and Policy, éd. Cambridge University Press, 2010, p. 106.

⁵⁶⁰ Convention de Mérida, art. 12.

⁵⁶¹ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328, p. 3.

⁵⁶² V. *supra*, n° 244.

289. Communautarisation. La lutte contre la corruption dans le secteur privé a pu bénéficier d'un instrument normatif plus souple et moins fastidieux dans sa négociation et son entrée en vigueur que les conventions internationales traditionnelles. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, la décision-cadre reste soumise à de nombreuses contraintes du fait de son rattachement à un pilier intergouvernemental. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pouvait laisser penser que les dispositions étudiées seraient rapidement transférées et complétées dans une directive. Plus de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, plusieurs éléments permettent de douter d'un tel transfert. En premier lieu, la Commission n'a pas saisi l'opportunité en 2005 de modifier la base juridique de la décision-cadre. En effet, dans un arrêt en date du 13 septembre 2005⁵⁶³, la CJCE avait estimé que les dispositions de droit pénal nécessaires à la mise en œuvre effective du droit communautaire relèvent du traité CE. Elle avait ainsi ouvert la voie à la communautarisation d'un certain nombre de dispositions insérées jusqu'alors dans des décisions-cadres. La Commission en avait déduit que plusieurs dispositions de la décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé avaient été adoptées sur une base juridique erronée⁵⁶⁴, cette dernière devenant une « *victime collatérale* » de la nouvelle répartition des compétences⁵⁶⁵. Toutefois, malgré la mise en exergue de cette problématique dans le rapport de 2007⁵⁶⁶, aucune proposition de directive n'a été formulée par la Commission qui, d'une manière générale, semble avoir limité la jurisprudence susmentionnée aux questions environnementales⁵⁶⁷. En deuxième lieu, la Commission se garde de mentionner une telle hypothèse dans son plan anticorruption⁵⁶⁸. La question de la base juridique de la décision-cadre a également disparu du rapport de la Commission de 2011. Aussi, la Commission n'a élaboré aucune proposition de directive en matière de lutte contre la corruption dans le secteur privé dans le cadre du traité de Lisbonne, en dépit

⁵⁶³ CJCE, Gde Ch., 13 septembre 2005, Commission / Conseil, aff. C-176/03 (ECLI:EU:C:2005:542), Rec. 2005 I, p. 07879.

⁵⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.09.05 (C-176/05 Commission contre Conseil), 23 nov. 2005, COM(2005) 583 final.

⁵⁶⁵ F. GOUTTEFARDE, E. AHIPEAUD, « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in D. DORMOY (dir.), *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 91.

⁵⁶⁶ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, COM(2007) 328 final, 18 juin 2007, p. 10.

⁵⁶⁷ S. MANACORDA, « La mutation "à droit constant" du Troisième pilier : renforcement et élargissement de la coopération », *RSC*, 2008, pp. 995 et s.

⁵⁶⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final.

de la période transitoire aménagée. La lutte contre la corruption, tant dans le secteur public que le secteur privé, reste ainsi enfermée dans des instruments devenus obsolètes avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

TITRE II

-

LA

COMMUNAUTARISATION INACHEVÉE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

290. Évolutions du droit primaire. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ouvre de nouvelles perspectives en matière d'harmonisation du droit pénal substantiel par l'Union européenne⁵⁶⁹. Elle a notamment pour effet de supprimer la structure en piliers qui différenciait, depuis le traité de Maastricht, les matières communautaires (1^{er} pilier) des matières soumises à une logique intergouvernementale (2^{ème} pilier pour la Politique étrangère et de Sécurité commune, ou « PESC », et 3^{ème} pilier pour la Justice et les Affaires intérieures, ou « JAI »).

L'harmonisation du droit pénal substantiel est désormais régie par le Chapitre 4 (« Coopération judiciaire en matière pénale ») du Titre V (L'espace de liberté, de sécurité et de justice) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »).

⁵⁶⁹ V., par ex., D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, Société de Législation Comparée, 2012 ; D. FLORE, « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, 2014, pp. 559-569 ; D. SORASIO, « L'apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité », *Gazette du Palais*, n° 171, 19 juin 2008, pp. 42 et s. ; S. MANACORDA, « Un bilan des dynamiques d'intégration pénale à l'aube du traité de Lisbonne », *RSC*, 2009, pp. 927 et s. ; Y. BOT, « Quelques perspectives après Lisbonne », *JCP G*, n° 52, 21 déc. 2009, étude 580 ; S. MANACORDA, « Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ? », *RSC*, 2011, pp. 945 et s. ; 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*, 2011, pp. 773 et s. ; S. MANACORDA, « Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne », *RSC*, 2015, pp. 187 et s.

L'article 83 TFUE autorise ainsi une harmonisation pénale⁵⁷⁰ dite autonome⁵⁷¹, s'agissant d'infractions limitativement déterminées, ou accessoire⁵⁷² à une autre politique de l'Union européenne.

291. « Communautarisation » inachevée. Ces évolutions permettent d'envisager non seulement une véritable « communautarisation » de la lutte contre la corruption par l'adoption de nouvelles directives suivant la procédure législative ordinaire, mais également de dégager un consensus autour de textes plus ambitieux, l'objectif de lutte contre la corruption étant susceptible de gagner en autonomie vis-à-vis des autres politiques de l'Union européenne.

Toutefois, les possibilités ouvertes par le Traité de Lisbonne n'ont pas abouti à une réflexion d'ensemble. En effet, le seul nouvel instrument proposé par la Commission européenne se limite à la protection des intérêts financiers⁵⁷³ (ci-après, « PIF »). Or, la future directive PIF⁵⁷⁴ a pour effet de perpétuer la complexité du cadre actuel et,

⁵⁷⁰ Pour la distinction entre harmonisation pénale autonome et accessoire, v. G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, Société de Législation Comparée, 2012.

⁵⁷¹ TFUE (Lisbonne), art. 83§1 : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces domaines de criminalité sont les suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

⁵⁷² TFUE (Lisbonne), art. 83§2 : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76 ».

⁵⁷³ La protection des intérêts financiers est définie par la proposition de directive PIF. V. Proposition de directive PIF (2012), Préambule, cons. 1 : « La protection des intérêts financiers de l'Union concerne non seulement la gestion des crédits budgétaires, mais s'étend aussi à l'ensemble des mesures affectant ou mettant en péril les actifs de l'UE, ainsi que ceux des États membres lorsqu'ils sont destinés à soutenir ou stabiliser leur économie ou leurs finances publiques dans un contexte pertinent pour les politiques de l'Union » ; v. égal. Proposition de directive PIF (2012), art. 1.

⁵⁷⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 juill. 2012, COM(2012) 363 final.

contrairement à ce qui a pu être avancé⁵⁷⁵, n'entraînera pas l'abrogation de la convention de Bruxelles du 26 mai 1997. Elle ne se conforme pas au souhait du Parlement européen d'une approche plus cohérente et moins fragmentée en matière de droit pénal⁵⁷⁶. Aussi, malgré une forte demande citoyenne⁵⁷⁷, les chantiers prioritaires définis par le Conseil européen ne répondent qu'imparfaitement aux attentes en limitant l'évolution des sources à l'objectif restreint de la PIF⁵⁷⁸.

292. Articulation de l'étude. L'examen de la directive PIF conserve un intérêt afin, à court terme, d'appréhender et d'anticiper les nouvelles dispositions relatives à la lutte contre la corruption et, à plus long terme, de mesurer les évolutions susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre d'une directive anticorruption (Chapitre I). Toutefois, le retour à une lutte contre la corruption limitée à la protection des intérêt financier démontre une absence de volonté des institutions de l'Union de tirer profit des nouvelles possibilités du traité de Lisbonne. Ce choix délibéré s'inscrit dans une dynamique d'externalisation des sources de la lutte contre la corruption pour influencer plus largement le droit répressif des États membres (Chapitre II).

⁵⁷⁵ Commission des affaires européennes du Sénat, *Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal*, Texte E 7529, URL : <https://www.senat.fr/ue/pac/E7529.html>

⁵⁷⁶ Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal, P7_TA(2012)0208, point 11.

⁵⁷⁷ Dans le cadre d'une consultation publique menée en 2008 « Liberté, sécurité et justice : quel sera le futur ? », 88% des personnes interrogées estiment que l'Union européenne doit faire plus dans la lutte contre la corruption. À ce propos, v. URL : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2008/pdf/contributions/consultation_results_en.pdf

⁵⁷⁸ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115 du 4 mai 2010, pp. 1 et s.

CHAPITRE I – Le retour vers une harmonisation pénale accessoire à la protection des intérêts financiers

293. Retour aux sources. La future directive PIF, abrogeant la convention PIF et ses protocoles, doit concrétiser une volonté ancienne de la Commission européenne qui avait déjà soumis une première proposition en 2001⁵⁷⁹. S'agissant de la lutte contre la corruption, le champ d'application matériel du premier protocole PIF, adopté en 1996, a pourtant été dépassé non seulement par la convention de Bruxelles du 26 mai 1997⁵⁸⁰, mais également par tous les autres traités de lutte contre la corruption signés sous l'égide de l'OCDE, du Conseil de l'Europe ou encore des Nations Unies. L'instrument envisagé constitue donc bien un retour vers une harmonisation limitée à la protection des intérêts financiers, et s'inscrit dans une dynamique plus large de retour aux sources de l'action européenne vers le droit pénal économique, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁵⁸¹.

294. Directive de substitution (non). Néanmoins, à la différence de la proposition de 2001 susmentionnée, la Commission européenne ne se contente pas de proposer une simple « directive de substitution » qui donnerait une nouvelle enveloppe juridique aux précédentes obligations d'incriminer. Le nouveau texte est beaucoup plus ambitieux sur le fond et cherche, dans une certaine mesure, à répondre aux carences constatées. En outre, l'emploi d'une directive permet d'exclure de nombreuses alternatives et dérogations ouvertes dans les précédents instruments⁵⁸² et de prendre ainsi en compte l'évolution importante du droit pénal de l'Union européenne depuis les conventions d'harmonisation du droit pénal substantiel sous le traité de Maastricht.

295. Absence de réflexion autour d'un régime spécial. L'objectif affiché est d'assurer une protection équivalente vis-à-vis de toutes les infractions susceptibles de

⁵⁷⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 23 mai 2001, COM(2001) 272 final, *JOCE* C 240 E du 28 août 2001, pp. 125-129.

⁵⁸⁰ V. *supra*, n° 85.

⁵⁸¹ S. MANACORDA, « Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne », *RSC*, 2015, pp. 187 et s.

⁵⁸² D. FLORE, « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, 2014, pp. 559-569, spéc. p. 562.

porter atteinte à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. En outre, ce texte fonde l'action de l'OLAF et, dans cette perspective, l'incrimination de la corruption paraît cohérente et essentielle⁵⁸³. Toutefois, l'insertion de dispositions relatives à la lutte contre la corruption dans une directive PIF peut être appréhendée comme une conséquence d'un défaut de réflexion, ou de volonté, autour d'une lutte globale contre la corruption dans un instrument unique. Aussi, si la directive PIF peut aboutir à la création d'un régime spécial en droit interne, son élaboration ne résulte pas d'une réflexion autour de règles générales (la lutte contre la corruption de l'UE) et spéciales (la lutte contre la corruption PIF). Ce nouveau régime à venir est l'aboutissement d'un empilement de textes successifs qui annonce une nouvelle complexification du cadre international, contraire aux objectifs de confiance mutuelle, et national, en obligeant les États membres à adopter des règles spéciales jusqu'à une prochaine initiative de l'UE.

296. Enjeux. L'étude de la directive PIF envisagée s'avère donc essentielle afin d'appréhender les nouvelles obligations susceptibles de peser sur les États membres en matière de lutte contre la corruption. Pour apprécier ces évolutions, l'ensemble de la procédure législative doit être prise en compte c'est-à-dire non seulement la proposition de la Commission, mais également l'orientation générale du Conseil et la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen.

La future directive PIF permet non seulement d'aborder les évolutions relatives à la définition des infractions et des sanctions (Section I), qui apportent de nouvelles pistes de réflexion sur le droit pénal européen y compris dans la perspective d'un instrument centré sur la corruption, mais également d'étudier de nouvelles mesures d'accompagnement, venant clarifier les règles de compétence et harmoniser les règles de prescription, à la lumière des carences constatées ces vingt dernières années (Section II).

SECTION I. Le renforcement des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions

297. Les définitions de l'agent public et celles des infractions de corruption ont été étoffées afin de s'assurer que tous les comportements susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne soient compris dans le champ d'application de

⁵⁸³ V. *infra*, n^{os} 751. et s.

la future directive (I). En outre, devant l'inefficacité des dispositions vagues de la convention PIF en matière de sanction, la Commission promet dorénavant un régime de sanction plus précis et dissuasif qui tient compte de la gravité de l'infraction commise (II). Enfin, tous les États membres doivent introduire une responsabilité des groupements pour toutes les infractions PIF, ce qui n'est toujours pas le cas aujourd'hui (III).

I. L'accroissement du champ d'application des « incriminations PIF »

298. Incriminations. L'article 4 de la proposition de directive PIF donne une définition de toutes les infractions pénales liées à la fraude qui portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union et inclut, à son troisième paragraphe, une définition de la corruption active et passive.

En outre, l'article 5 de la proposition reprend les dispositions classiques relatives à la complicité et à l'instigation en corrigeant l'erreur du premier protocole PIF qui avait noyé ces dispositions avec les sanctions⁵⁸⁴. Toutefois, ni la complicité ni l'instigation ne font l'objet d'une définition autonome, ce qui exclut toute harmonisation, le législateur européen se montrant toujours réticent à modifier la partie générale du code pénal en l'absence de compétence d'attribution explicite.

299. Afin de remédier aux carences constatées depuis l'entrée en vigueur du premier protocole PIF, une définition fonctionnelle et, par conséquent, autonome de l'agent public est proposée (A). Par ailleurs, la définition de la corruption pourrait bénéficier de quelques évolutions, et notamment de la suppression du critère de contrariété aux devoirs officiels (B).

A. L'élargissement significatif de la notion d'agent public

300. Ancienne définition. La définition limitée du « fonctionnaire » retenue par le premier protocole à la convention PIF, et reprise à l'identique par la convention de Bruxelles, n'a pas permis d'opérer une harmonisation satisfaisante des législations européennes et a contribué à la complexification, voire à l'échec de certaines

⁵⁸⁴ Premier protocole PIF, art. 5§1.

investigations⁵⁸⁵. Les fortes divergences ont été préservées par l'absence de définition commune du « *fonctionnaire national* », la qualité du corrompu étant appréciée uniquement au regard du droit de l'État où il exerce ses fonctions. Quant à la définition organique du « *fonctionnaire communautaire* », elle a, par sa rigidité, contraint le premier protocole à prévoir des mécanismes d'équivalence⁵⁸⁶.

301. Évolutions attendues. La Commission souhaite l'adoption d'une nouvelle définition de la notion d'agent public sans aucun renvoi au droit positif des États membres. Le tableau suivant reprend les dispositions de l'article 4, paragraphe 5 de la proposition de directive⁵⁸⁷ et les versions soutenues, à leur tour, par le Parlement européen dans sa position de 1^{ère} lecture⁵⁸⁸ et par le Conseil dans son orientation générale⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ V. *infra*, n° 308.

⁵⁸⁶ V. *supra*, n°s 73. et s.

⁵⁸⁷ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 juillet 2012, COM(2012) 363 final.

⁵⁸⁸ Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-427/2014, 2012/0193(COD).

⁵⁸⁹ Outcome of Proceeding of the Council JAI (6 June 2013) on a General Approach about the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - Annex, 10 juin 2013, Doc. n° 10729/13 ; v., pour une version française, Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI - Annexe, 3 juin 2013, Doc. n° 10232/13.

Définition comparée de l'agent public – Art. 4, paragraphe 5 de la proposition de directive PIF

Commission <i>Proposition</i>	Parlement européen <i>Position 1ère lecture</i>	Conseil <i>Orientation générale</i>
<i>Aux fins des présents articles, on entend par «agent public» :</i>		
<p>(a) toute personne exerçant une fonction de service public pour l'Union ou dans un État membre ou un pays tiers et investie d'un mandat législatif, administratif ou Judiciaire.</p>	<p>(a) tout fonctionnaire de l'Union européenne ou fonctionnaire national, y compris tout fonctionnaire national d'un autre État membre ou d'un pays tiers.</p>	<p>(a) tout agent "de l'Union" ou "national", y compris tout agent national d'un autre État membre et tout agent national d'un pays tiers.</p>
	<p>Par «fonctionnaire de l'Union européenne», il convient d'entendre :</p>	<p>i) Par agent "de l'Union", on entend :</p>
	<p>(i) toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du statut des fonctionnaires de l'Union européenne ou du régime applicable aux autres agents de l'Union européenne («le statut»);</p>	<p>- toute personne qui est fonctionnaire ou autre agent contractuel au sens du statut des fonctionnaires de l'Union européenne ou du régime applicable aux autres agents de l'Union,</p>
	<p>(ii) toute personne mise à la disposition d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union européenne par les États membres ou par tout organisme public ou privé qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents de l'Union européenne.</p>	<p>- toute personne détachée auprès de l'Union européenne par les États membres ou par tout organisme public ou privé qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents.</p>
	<p>Sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union européenne les membres des organismes créés conformément aux traités, ainsi que le personnel de ces organes ou organismes, pour autant que le statut ne s'applique pas à leur égard.</p>	<p>Sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union les membres des institutions, organes et organismes créés conformément aux traités, ainsi que le personnel de ces derniers, pour autant que le statut des fonctionnaires de l'Union européenne ou le régime applicable aux autres agents de l'Union ne s'appliquent pas à leur égard ;</p>
	<p>L'expression «fonctionnaire national» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire» ou d'«agent public» dans le droit national de l'État membre ou du pays tiers où la personne en question exerce ses fonctions.</p>	<p>ii) le terme "agent national" s'entend par référence à la définition du terme "fonctionnaire" ou "agent public" dans le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce ses fonctions.</p>

	Néanmoins, lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre ou un fonctionnaire national d'un pays tiers et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de «fonctionnaire national» que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national ;	Néanmoins, lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un agent d'un État membre ou un agent national d'un pays tiers et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition d'"agent national" que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national.
(b) toute autre personne exerçant une fonction de service public pour l'Union ou dans un État membre et un pays tiers qui n'est pas investie d'un tel mandat et qui participe à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou aux décisions relatives à ceux-ci.	(b) toute autre personne qui se voit confier et exerce une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci dans les États membres ou dans des pays tiers.	(b) toute autre personne chargée d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci dans les États membres ou dans des pays tiers et qui exerce une telle fonction.

La proposition de directive PIF permet d'apprécier la portée du glissement de la notion de « *fonctionnaire* », retenue par le premier protocole, vers celle, plus large, d'« *agent public* ». Les institutions européennes sont rapidement parvenues à un consensus concernant l'extension de la définition aux agents publics des pays tiers (1). Néanmoins, alors que la Commission souhaite que soit consacrée une définition fonctionnelle de l'agent public, le Parlement européen et le Conseil estiment plus efficace de maintenir une définition familière pour les États membres (2).

1. Le consensus relatif à l'extension aux agents publics des pays tiers

302. Consensus. La proposition de la Commission d'inclure les « *agents publics [ou fonctionnaires] des pays tiers* » pour les infractions liées à la fraude aux intérêts financiers de l'UE est la seule évolution ayant reçu le soutien du Parlement européen et du Conseil : « *les intérêts financiers de l'Union nécessitent également une protection en cas de corruption active ou passive, ou de détournement de fonds, vis-à-vis des personnes qui, dans les pays tiers, gèrent des fonds de l'Union* »⁵⁹⁰.

303. Exemple de l'aide au développement. En effet, les agents publics des pays tiers peuvent avoir pour mission de gérer directement des fonds de l'Union, par exemple

⁵⁹⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Exposé des motifs, COM(2012) 363 final, p. 10.

dans le cadre de l'aide au développement⁵⁹¹. Une partie de l'aide est directement versée au gouvernement étranger puisqu'il est théoriquement le mieux placé pour déterminer et assurer la distribution des ressources en fonction de l'objectif fixé. Or, ces sommes sont parfois détournées de leur destination et, jusqu'à présent, le seul recours certain est la suspension de l'aide au développement⁵⁹². Dans son rapport 2013, l'Office Européen de Lutte Antifraude (ci-après, « OLAF ») rapporte ainsi le détournement de plusieurs millions d'euros confiés à un pays tiers⁵⁹³. En l'espèce, les sommes versées ont immédiatement été placées sur un compte hors d'atteinte du contrôle budgétaire du Parlement national de ce pays et ont été exclues du circuit financier géré par le ministre compétent. L'OLAF ne donne aucune précision sur le pays en cause, mais cette affaire rappelle celle de l'aide apportée à l'Ouganda qui a dû être gelée en raison du détournement de fonds révélé en 2012. Certains journaux ont alors émis l'hypothèse que ces sommes ont permis d'alimenter des circuits de corruption dans un pays où la gouvernance est faible⁵⁹⁴. L'extension de la définition de l'agent public aux pays tiers est donc une conséquence directe de l'inquiétude des institutions européennes dans le cadre de l'aide au développement. Ainsi, la Cour des comptes européenne a récemment souligné les risques de corruption pesant sur l'aide au développement en Asie centrale : « *la Commission aurait pu et aurait dû se montrer plus rigoureuse dans la gestion de ses*

⁵⁹¹ La problématique de l'aide au développement n'est pas limitée aux pays tiers. À titre d'exemple, plusieurs affaires de corruption ont récemment concerné l'aide au développement apporté à la République tchèque. Plusieurs agents publics de haut rang, responsables de l'utilisation de fonds de l'UE dans le cadre du Fonds européen de développement régional (FEDER), ont fait l'objet d'une investigation pour corruption. Dans la région Nord-Ouest, la Commission a interrompu les paiements en 2011 en raison d'allégations de corruption contre l'ancien dirigeant de l'autorité de gestion. Ce dernier a finalement été condamné à cinq ans d'emprisonnement pour corruption. V., Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 3 sur la République tchèque, 3 février 2014, COM(2014) 38 final, pp. 4-5.

⁵⁹² À ce propos, v. Règlement (CE) n° 1905/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 portant établissement d'un instrument de financement de la coopération au développement, *JO L 378* du 27 décembre 2006, pp. 41-71, spéc. art. 30 et 37. La suspension de l'aide est parfois directement prévue dans l'accord. V., par ex., Accord 2000/483/CE de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, *JO L 317* du 15 décembre 2000, pp. 3-353, spéc. art. 97 ; v. égal., F. GOUTTEFARDE, E. AHIPEAUD, « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in D. DORMOY (dir.), *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 75-119, spéc. pp. 101-113.

⁵⁹³ Rapport de l'OLAF 2013, Quatorzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013, p. 15.

⁵⁹⁴ « EU freezes aid to Uganda over graft », *The Irish Times* [En ligne], 4 décembre 2012, URL : <http://www.irishtimes.com/news/eu-freezes-aid-to-uganda-over-graft-1.752566> ; M. SCHENKEL, « L'argent de l'UE nourrit la corruption », *De Standaard* [En ligne], 21 décembre 2012, URL : <http://www.voxeurop.eu/fr/content/article/3193221-l-argent-de-l-ue-nourrit-la-corruption>.

programmes d'appui budgétaire au Tadjikistan et au Kirghizstan et subordonner cet appui à l'adoption de mesures de lutte contre la corruption. Les décisions de décaissement reposaient sur les engagements des pays partenaires à entreprendre des réformes plutôt que sur les progrès réalisés »⁵⁹⁵.

304. Exemple des marchés publics. Dans ses travaux préparatoires, la Commission rapporte un cas supplémentaire qui ne relève pas de l'aide au développement. Le fonctionnaire d'un État étranger avait revendu, en échange de cadeaux d'une valeur totale de 100 000 euros, des informations confidentielles à une société privée. Cette dernière en avait fait bénéficier l'un de ses clients, une entreprise candidate à un marché public financé par l'Union européenne, qui avait ainsi pu remporter un contrat d'une valeur de 4 millions d'euros⁵⁹⁶. En l'espèce, l'État membre concerné ne disposait pas de la compétence nécessaire pour poursuivre le fonctionnaire susmentionné.

305. Incrimination obligatoire. L'extension de la définition de l'agent public aux pays tiers, sans possibilité de dérogation, constitue un progrès notable. En effet, il est souvent délicat de poursuivre pénalement un fonctionnaire étranger pour corruption passive⁵⁹⁷, ce qui a conduit les traités contre la corruption à n'imposer que l'incrimination de la corruption active⁵⁹⁸ ou à permettre l'émission de réserves⁵⁹⁹. À titre d'exemple, l'Italie, qui a ratifié la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe le 13 juin 2013, a émis une telle réserve en excluant les agents publics des autres États membres de l'UE afin de respecter la convention de Bruxelles⁶⁰⁰. Toutefois, deux observations permettent de relativiser ce progrès. En premier lieu, la relation avec la protection des

⁵⁹⁵ Rapport de la Cour des comptes européenne, *Rapport spécial n° 13 – Aide au développement de l'Union européenne en faveur de l'Asie centrale*, Office des publications officielles des Communautés, Luxembourg, 2013, p. 7, URL : http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR13_13/QJAB13014FRN.pdf.

⁵⁹⁶ SWD(2012) 195 final, p. 17.

⁵⁹⁷ Il n'est donc pas étonnant que certaines délégations au sein du Conseil aient remis en cause la pertinence de viser les pays tiers. V., Note de la Présidence du Conseil, *Note from the Presidency of the Council to the Working Party on Substantive Criminal Law - Annex*, 11 février 2013, Doc. n° 6284/13, p. 11, note 2.

⁵⁹⁸ L'article 1§1 de la convention de l'OCDE ne vise que la corruption active ; l'article 16§2 de la convention ONU demande uniquement aux États parties d'envisager l'incrimination de la corruption passive.

⁵⁹⁹ L'article 5 de la convention pénale du Conseil de l'Europe couvre la corruption passive d'un agent public étranger, mais l'article 37§1 *in fine* permet aux États signataires d'émettre une réserve à ce sujet.

⁶⁰⁰ Réserve consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de l'Italie auprès du Conseil de l'Europe, datée du 11 juin 2013, déposée avec l'instrument de ratification le 13 juin 2013 : « conformément aux dispositions de l'article 37, paragraphe 1, de la Convention, l'Italie déclare qu'elle se réserve le droit de ne pas ériger en infraction pénale les faits de corruption passive d'agents publics étrangers et de membres d'assemblées publiques étrangères visés aux articles 5 et 6 de la Convention, sauf lorsqu'il s'agit de sujets appartenant à des États membres de l'Union européenne ».

intérêts financiers de l'UE permet de légitimer cette extension. Il n'est pas certain que l'UE retienne la même définition de l'agent public en dehors de cette hypothèse spécifique. En second lieu, la portée de l'infraction de corruption passive dépendra de l'article qui sera adopté en matière de compétence⁶⁰¹. Si l'on se fonde sur l'article 11 de la proposition de directive PIF, l'agent public d'un pays tiers ne pourra être poursuivi que si l'infraction a été commise entièrement ou partiellement sur le territoire d'un État membre ou si cet agent public a aussi la nationalité d'un État membre.

306. Échec des trilogues. Malgré le consensus existant sur l'extension aux pays tiers, la notion d'agent public renvoie à une définition différente dans la proposition de la Commission et dans la résolution législative du Parlement européen. En effet, les trilogues informels n'ont pas permis de dégager un accord sur l'ensemble de la définition.

2. Le désaccord lié à l'édiction d'une nouvelle définition de l'agent public

307. À la suite de la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen, la Commission a fait savoir qu'elle ne pouvait accepter l'amendement restreignant la définition de la notion « *d'agent public* »⁶⁰². En effet, le Parlement européen et, dans des termes proches, le Conseil, souhaitent maintenir la définition retenue par le premier protocole et l'enrichir de quelques améliorations (b), alors que la Commission se prononce en faveur d'une définition fonctionnelle (a).

a. Une nouvelle définition fonctionnelle

308. Insuffisances actuelles. La définition de la notion de fonctionnaire retenue par le premier protocole à la convention PIF laissait craindre une certaine inefficacité notamment en raison du renvoi au droit national pour l'expression de « *fonctionnaire national* »⁶⁰³. Par conséquent, la Commission s'est attachée à mettre en exergue les insuffisances de certains droits nationaux tout en soulignant les difficultés des autorités de poursuite qui doivent conduire des investigations supplémentaires sur les obligations précises du suspect. Ainsi, elle relève que les membres du parlement autrichien ne sont

⁶⁰¹ V. *infra*, n^{os} 428. et s.

⁶⁰² Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière par le Parlement européen, 9 juillet 2014, SP(2014) 471, 2012/0193(COD).

⁶⁰³ La convention de Bruxelles reprend la même définition. V. *supra*.

pas responsables pénalement⁶⁰⁴ ou que la Bulgarie a choisi une définition très étroite du fonctionnaire en la liant uniquement au statut et non à l'activité exercée, ce qui a, par exemple, pour effet d'exclure toutes les personnes privées chargées d'un service public⁶⁰⁵. Dans une autre affaire révélée par l'OLAF, la Cour suprême d'un État membre a estimé que le fonctionnaire d'une organisation internationale ne pouvait être condamné pour un détournement de fonds, car il n'était pas inclus dans la définition de l'agent public⁶⁰⁶. Il est également possible de rappeler l'exemple roumain déjà mentionné : certains députés ont cherché à exclure de la définition légale du « *fonctionnaire* » certaines catégories de personnes afin d'établir l'irresponsabilité pénale de délinquants déjà condamnés ou susceptibles de poursuites. La Commission, démunie sur le plan juridique, a alors dû exercer une pression politique pour empêcher l'adoption de cette législation⁶⁰⁷. Enfin, la Commission doute de la pleine assimilation entre les fonctionnaires nationaux et ceux de l'Union européenne dans de nombreux États membres (Belgique, Chypre, Danemark, Grèce, France, Italie, Luxembourg, Autriche et Portugal)⁶⁰⁸.

309. Préjudice. Le préjudice annuel est estimé à 12,5 millions d'euros pour le budget de l'Union⁶⁰⁹. Les craintes émises lors de l'adoption du premier protocole étant aujourd'hui avérées, la Commission a suivi l'avis des experts auditionnés qui se sont prononcés pour l'adoption d'une définition fonctionnelle⁶¹⁰.

310. Approximations de la traduction. Avant d'examiner la nouvelle définition proposée, il convient d'écarter deux approximations de la version française. Tout d'abord, le point b contient une coquille : la personne visée n'a pas besoin d'exercer une fonction de service public dans « *un État membre et un pays tiers* »⁶¹¹, mais dans un État membre

⁶⁰⁴ Commission Staff Working Paper, Impact Assessment (Part I) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, 11 juill. 2012, SWD(2012) 195 final, p. 15.

⁶⁰⁵ *Idem.*

⁶⁰⁶ *Idem.*

⁶⁰⁷ *V. supra*, n° 75.

⁶⁰⁸ SWD(2012) 195 final, p. 15 ; *v. égal.*, Commission Staff Working Paper, *Annex to the Second Implementation Report of the Convention for the protection the Communities' financial interests*, SEC(2008) 188, pp. 34-35.

⁶⁰⁹ SWD(2012) 195 final, p. 15.

⁶¹⁰ La notion de « définition fonctionnelle » n'est pas précisée par la Commission. Néanmoins, la notion suppose que la qualité d'agent public est uniquement déterminée par la fonction que le suspect exerce et non par son rattachement à une catégorie définie par la loi ou le règlement.

⁶¹¹ Nous soulignons.

ou un pays tiers⁶¹². Ensuite, il est permis de douter de la portée de l'expression « *mandat administratif* », rarement employée pour désigner les attributions d'un fonctionnaire. La version anglaise laisse penser qu'il convient de retenir une interprétation large⁶¹³.

311. Définition fonctionnelle. La Commission souhaite définitivement exclure tout critère organique et toute référence au droit national d'un État membre ou d'un pays tiers. Dans les deux cas envisagés, deux critères devront être caractérisés pour que la qualité d'agent public, condition préalable aux infractions de corruption visées par la directive, soit établie.

312. Premier critère. Le premier critère est commun et consiste à déterminer si la personne exerce une fonction de service public pour l'Union ou dans un État membre ou un pays tiers.

De prime abord, la notion de « *service public* » est susceptible d'engendrer des différences d'interprétation entre les États membres. En utilisant cette expression sans la définir, la directive PIF semble réintroduire une référence au droit national. L'article 2 de la convention des Nations Unies sur la corruption n'ignore pas l'ambiguïté : « *aux fins de certaines mesures spécifiques prévues au chapitre II de la présente Convention, on peut entendre par "agent public" toute personne qui exerce une fonction publique ou qui fournit un service public tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État* »⁶¹⁴. Néanmoins, il ressort de la proposition de la Commission une volonté d'englober toutes les situations. Aussi, même s'il subsiste une incertitude, il est possible de retenir une interprétation large : dès lors qu'une personne exerce une fonction au nom des pouvoirs publics ou dans l'intérêt public en général pour l'Union ou dans un État membre ou dans un pays tiers, elle devrait remplir cette condition.

313. Second critère. Le second critère varie selon la mission de la personne qui exerce une fonction de service public. Si cette dernière est investie d'un mandat

⁶¹² « *any other person exercising a public service function for the Union or in Member States or third countries, not holding such an office, participating in the management of or decisions concerning the Union's financial interests* ».

⁶¹³ « *any person exercising a public service function for the Union or in Member States or third countries by holding a legislative, administrative or judicial office* ».

⁶¹⁴ Nous soulignons.

« législatif, administratif ou judiciaire », aucun lien de rattachement spécifique avec la protection des intérêts financiers n'est exigé⁶¹⁵. Si, au contraire, la personne n'est investie d'aucun des mandats précités, il est obligatoire de rapporter la preuve que celle-ci participe à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou aux décisions relatives à ceux-ci. Le premier protocole est donc plus restrictif puisqu'il vise : « *toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les États membres ou par tout organisme public ou privé qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes* ».

314. Champ d'application de la définition fonctionnelle. En d'autres termes, l'article 4 paragraphe 5 point a de la proposition de directive devrait inclure toutes les personnes ayant une fonction judiciaire, désignées ou élues, le législateur, le cas échéant à l'échelon fédéral comme local, ainsi que toutes les personnes exerçant une fonction administrative, qu'elles soient munies d'un mandat électif, recrutées par contrat ou statutairement fonctionnaires. Le point b du même article étend la définition de l'agent public à toutes les personnes, notamment les personnes privées, qui exercent une fonction de service public pour l'Union, dans un autre État membre ou dans un pays tiers, s'ils participent à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou aux décisions relatives à ceux-ci.

315. Préambule. L'article 4 de la directive proposée reflète donc bien la volonté exprimée au paragraphe 8 du préambule, spécifiquement à propos de la corruption passive : « *en ce qui concerne les délits de corruption passive et de détournement de fonds, il est nécessaire d'inclure une définition des agents publics qui couvre toutes les personnes investies d'un mandat officiel qui sont nommées, élues ou employées sur la base d'un contrat, ainsi que celles qui, sans être investies d'un mandat officiel, fournissent des prestations au nom des pouvoirs publics et d'autres organismes publics pour les citoyens ou dans l'intérêt public en général, comme les contractants participant à la gestion des fonds de l'Union* ».

Le Parlement européen et le Conseil restent attachés à la définition organique du premier protocole. Il convient donc de vérifier si la nouvelle définition organique permet de couvrir les mêmes personnes que la définition fonctionnelle.

⁶¹⁵ Certaines délégations au sein du Conseil estiment, de ce fait, que la définition est trop large. V., Note de la Présidence du Conseil, *Note from the Presidency of the Council to the Working Party on Substantive Criminal Law* - Annex, 11 février 2013, Doc. n° 6284/13, p. 11, note 2.

b. L'opposition des colégislateurs : le maintien d'une définition organique

316. Enrichissement de la définition organique. Le Parlement européen, comme le Conseil, souhaite maintenir une définition organique du fonctionnaire, tout en l'enrichissant. Tout d'abord, la définition du fonctionnaire national vise à la fois la notion de « *fonctionnaire* » et celle « *d'agent public* ». Aussi, s'il existe une distinction au niveau national entre ces deux notions (par exemple, pour inclure une personne investie d'un mandat électif), la notion la plus large devrait s'appliquer. Par ailleurs, l'expression « *fonctionnaire national* » inclut non seulement les fonctionnaires de tous les États membres, mais également les fonctionnaires des pays tiers où la personne en question exerce ses fonctions. Enfin, le paragraphe b) créé par la proposition de directive PIF est repris, avec quelques modifications, dans l'amendement du Parlement européen⁶¹⁶.

317. Champ d'application de la définition organique. Le nouveau paragraphe b) constitue le nœud du problème. En effet, le paragraphe a) de la définition organique est nécessairement plus restrictif que la définition matérielle de la Commission, en raison du renvoi au droit interne pour l'appréciation du « *fonctionnaire national* ». Il permet de maintenir une partie des critiques déjà émises⁶¹⁷.

Il faut donc déterminer si le paragraphe b) permet dorénavant de récupérer l'ensemble des situations non comprises dans le paragraphe a). Or, il semble que le perfectionnement de la définition organique ne permette pas de couvrir toutes les situations. Par exemple, il est possible d'imaginer corrompre une personne élue, qui n'est pas considérée comme un « *agent public* » par le droit national, afin qu'elle commette un acte qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE, et ce alors que sa fonction ne touche pas à la gestion des intérêts financiers ou aux décisions relatives à ceux-ci (par exemple, l'acte qu'il a commis est simplement facilité par ses fonctions sans relever *stricto sensu* de celles-ci). Aussi, le paragraphe b) du Parlement européen ne permet pas de récupérer toutes les personnes exclues par l'effet du renvoi au droit national.

318. Justification. Il est alors difficile de souscrire à l'argument avancé pour justifier l'amendement du Parlement : « cet amendement s'inspire de la définition actuelle de fonctionnaire figurant dans le premier protocole à la convention en vigueur relative à la

⁶¹⁶ V. *supra*, n° 301.

⁶¹⁷ V. *supra*, n° 308.

protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui est bien connue et acceptée par les États membres »⁶¹⁸. La définition de la Commission présente deux avantages : elle est plus large en permettant notamment d'engager la responsabilité de tous les élus et, étant entièrement autonome, elle assure une meilleure harmonisation grâce à un référentiel commun.

319. Hésitations des États membres. L'adoption d'une définition autonome de l'agent public avait été défendue par les États membres lors des négociations de la convention des Nations Unies sur la corruption⁶¹⁹. Pourtant, dans le cadre de la directive PIF, ils restent divisés à peu près à nombre égal sur cette question⁶²⁰, ce qui peut s'expliquer par l'adhésion de nouveaux États membres depuis 2004 ou par la crainte d'une définition fonctionnelle dans un instrument aussi contraignant que la directive qui est par ailleurs soumise à l'interprétation de la Cour de Justice de l'Union européenne. En tout état de cause, pour éviter de prolonger la procédure législative du seul fait de cette définition, les institutions de l'UE devront trouver un compromis lors des trilogues.

B. Le faible élargissement des définitions de la corruption active et passive

320. Définitions des infractions. L'article 4, paragraphe 3 de la proposition de directive PIF oblige les États membres à incriminer tant la corruption active que la corruption passive dans le secteur public :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les comportements suivants, lorsqu'ils sont intentionnels, soient passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales :

(a) le fait, pour un agent public, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-

⁶¹⁸ Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 25 mars 2014, A7-0251/2014, 2012/0193(COD), amendement 18, p. 16.

⁶¹⁹ Résultats des travaux du Coreper (25 septembre 2002) au Conseil sur l'initiative du Royaume de Danemark concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de troisième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 26 septembre 2002, Doc. n° 12215/1/02 REV 1, p. 4.

⁶²⁰ Note de la Présidence du Conseil, *Note from the Presidency of the Council to the Coreper*, 17 mai 2013, Doc. n° 9547/13, p. 3.

même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction, qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union (corruption passive) ;

(b) le fait, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union (corruption active) ».

321. Atteinte aux intérêts financiers. La limite tenant à la protection des intérêts financiers est maintenue dans la directive PIF, alors que la convention de Bruxelles laissait espérer son abandon⁶²¹. Ce choix tend à démontrer la volonté de faire évoluer la lutte contre la corruption en fonction de chaque but poursuivi par l'UE⁶²² et non par le biais d'un instrument anticorruption unique. Il a pour conséquence immédiate d'obliger les autorités poursuivantes à caractériser de nouveau l'atteinte effective ou potentielle aux intérêts financiers de l'Union européenne. Ce critère étant parfois difficile à déterminer dès le début des investigations, un amendement a été déposé dans le cadre des commissions du Parlement européen pour remédier à cette difficulté : *« dans le cas d'actes impliquant un agent public, la condition que l'acte ou l'omission porte atteinte ou soit susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union est réputée remplie »*. Toutefois, l'amendement n'ayant pas été adopté, la difficulté devrait être maintenue dans le nouvel instrument PIF.

322. Volonté politique. Dans l'exposé des motifs, la Commission annonce sa volonté d'étoffer, à la lumière de l'expérience acquise, la définition des infractions de corruption : *« il ressort des législations nationales mettant en œuvre la convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et ses protocoles, ainsi que de la jurisprudence en la matière, que les définitions de la corruption passive et de la corruption active figurant dans cette convention doivent être étoffées »*⁶²³.

⁶²¹ V. *supra*, n° 85.

⁶²² Par ex., protection des intérêts financiers, protection du marché intérieur et de la concurrence, protection de l'État de droit, etc.

⁶²³ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Exposé des motifs, 11 juill. 2012, COM(2012) 363 final, p. 10.

323. Évolution des définitions. Il s'agit de la première tentative de réécriture depuis 1996 : ni la convention de Bruxelles (sauf en ce qui concerne le critère de l'atteinte aux intérêts financiers) ni la proposition de directive PIF de 2001 n'avaient envisagé une évolution. Néanmoins, la seule modification proposée par la Commission est la suppression de l'expression « *contraire à ses devoirs officiels* ». Cet allègement de la preuve n'est pas neutre puisqu'il pourrait contraindre certains États à modifier leur droit positif (2). Par ailleurs, le Parlement européen a adopté plusieurs amendements venant compléter la proposition de la Commission (1).

1. *La réécriture confuse des infractions de corruption*

324. Amendements. Le Parlement européen a adopté plusieurs amendements dans sa résolution législative, sans qu'il soit possible de déceler un fil conducteur :

*« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que **la corruption passive et la corruption active, lorsqu'elles sont intentionnelles, soient passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales** :*

*(a) **aux fins de la présente directive, la corruption passive consiste dans le fait, pour un agent public, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou d'accepter à l'avance des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir, reporter ou ne pas accomplir un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction, en violation ou non des devoirs de sa fonction, qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union ;***

*(b) **Aux fins de la présente directive, la corruption active consiste dans le fait, pour quiconque, de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse, reporte ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ou de s'être livré à de tels agissements par le passé »⁶²⁴.***

⁶²⁴ Tous les passages en gras diffèrent de la proposition de directive PIF de la Commission. Seuls les passages qui sont également soulignés nous intéressent ici.

325. Précision des définitions. Plusieurs amendements ont pour objectif de préciser les comportements réprimés et devraient avoir pour vertu d'éviter que l'interprétation stricte du droit pénal ne fasse obstacle aux poursuites. En premier lieu, l'élément matériel des infractions est enrichi. En ce qui concerne la corruption passive, l'accent est porté sur la volonté puisqu'il n'est plus nécessaire de démontrer, hors de la sollicitation, la remise d'un avantage. La simple acceptation de celui-ci doit suffire à caractériser l'élément matériel. En ce qui concerne la corruption active, il est dorénavant visé la simple offre d'un avantage. La différence entre « *proposition* » et « *offre* » reste tenue : « *celui qui fait une offre promet et celui qui promet fait une offre* »⁶²⁵. Néanmoins, cet amendement permettrait à la directive PIF de s'aligner sur les exigences de la convention du Conseil de l'Europe qui opère la distinction suivante : « *“Promettre” peut, par exemple, correspondre à des situations où le corrupteur s'engage à donner un avantage indu ultérieurement - en général, une fois seulement que l'acte qu'il a demandé à l'agent public a été accompli - ou lorsque le corrupteur et le corrompu se sont entendus pour que le corrupteur fournisse l'avantage indu ultérieurement. Le fait d'“offrir” peut correspondre à des situations où le corrupteur manifeste qu'il est décidé à donner l'avantage indu à tout moment. Enfin, le fait de “donner” peut correspondre à des situations où il remet l'avantage indu* »⁶²⁶. En second lieu, l'élément moral des deux infractions est étoffé : l'objectif de la sollicitation peut être un acte, une abstention, mais également le report d'un acte. Si la nuance n'est pas difficile à saisir, il est possible de se demander si la notion d'abstention, qui ne distingue pas entre celle qui est permanente et temporaire, n'est pas suffisante pour couvrir cette situation.

326. « Effet miroir ». Les autres modifications apportées par le Parlement européen retiennent davantage l'attention. En effet, elles brisent l'« *effet miroir* » que l'on retrouve généralement entre les infractions de corruption active et passive : « *il apparaît que les deux types de corruption sont, en général, les deux faces d'un même phénomène, avec d'un côté la personne qui offre, promet ou donne l'avantage, et de l'autre côté la personne qui accepte l'offre, la promesse ou le don* »⁶²⁷. Il existe, en principe, une entière indépendance des deux infractions. C'est par exemple le cas du droit français, comme les

⁶²⁵ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, para. 49.

⁶²⁶ Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, para. 36.

⁶²⁷ *Ibid.*, para. 32.

juges ont eu l'occasion de le réaffirmer à plusieurs reprises⁶²⁸. Mais le fait de rectifier l'une des définitions sans reporter le changement sur l'autre sous-entend de rapporter, selon l'infraction reprochée, la preuve d'un élément supplémentaire. Ainsi, le même acte, même s'il est entièrement établi, pourrait engager uniquement la responsabilité du corrupteur ou du corrompu. En cas de rencontre des volontés, il y aurait donc pacte de corruption pour l'un et simple accord pour l'autre.

327. Violation des devoirs de la fonction. Le premier changement isolé concerne l'expression « *violation ou non des devoirs de sa fonction* »⁶²⁹ prévue uniquement dans la définition de la corruption passive. En effet, le premier protocole vise l'acte ou l'abstention du fonctionnaire qui est accompli « *de façon contraire à ses devoirs officiels* ». La version de la directive PIF adoptée par le Parlement européen supprime cette condition de manière explicite pour la corruption passive, mais se contente d'une suppression implicite pour la corruption active. Y a-t-il une obligation pour les États membres de supprimer cette condition dans le cadre de la corruption passive, mais une liberté de l'inclure ou non pour la corruption active ? Il semble possible de répondre par la négative puisque la directive a pour objet d'établir des « *règles minimales* ». Quelle que soit l'infraction, il ne devrait pas être possible d'exiger l'établissement d'une preuve supplémentaire. Aussi, il serait pertinent que la version finale mette fin à la rupture de symétrie dans la définition des infractions de corruption⁶³⁰.

328. Condition d'antériorité. La seconde altération pourrait avoir des conséquences pratiques plus importantes. Dans le premier protocole, la proposition ou la sollicitation de l'avantage doit être antérieure à l'acte d'exécution du corrompu. L'idée sous-jacente est que le corrompu ne peut avoir été influencé, s'il ne s'est vu proposé ou n'a sollicité, avant l'exécution de l'acte de sa fonction, aucun avantage. Cette condition d'antériorité semble supprimée dans le cadre de la corruption active, qui réprime le fait de rémunérer l'agent public qui s'est livré « *à de tels agissements par le passé* »⁶³¹, mais conservée pour la

⁶²⁸ Cass., ass. plén., 23 juillet 2010, n° 10-85.505, Bull. crim. AP, 2010, n° 2 ; Crim., 4 avril 2012, n° 04-84.255 et 11-82.052, inédits ; v. égal., W. JEANDIDIER, *op. cit.*, para. 10.

⁶²⁹ Nous soulignons.

⁶³⁰ Pour la portée de la suppression de cette condition, v. *infra*, n° 328.

⁶³¹ La rédaction de la version française est ambiguë. Le terme « agissements » est censé englober l'acte, le report ou l'abstention accompli par l'agent public. La disposition peut être lue de la manière suivante : « la corruption active consiste dans le fait, pour quiconque, de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour [...] s'être livré à de tels agissements par le passé ».

corruption passive, qui suppose une sollicitation pour accomplir, reporter ou ne pas accomplir un acte ou une « *acceptation à l'avance* » de l'avantage⁶³². En d'autres termes, si une gratification est offerte ou sollicitée postérieurement, seul le corrupteur a commis une infraction aux yeux de la directive.

La suppression de la condition d'antériorité par un instrument international n'est pas une évolution négligeable. En effet, la convention de Bruxelles⁶³³, la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe⁶³⁴, la convention de l'OCDE de 1997 et la convention de Mérida ont toutes maintenu cette condition. Les États signataires de ces instruments ont donc été libres jusqu'à présent de prévoir une condition d'antériorité ou d'aller au-delà en la supprimant. Néanmoins, il est surprenant de ne vouloir réprimer que le corrupteur. En effet, celui qui offre une gratification à l'agent public pour un acte ou une abstention accomplis dans le passé peut le faire soit parce qu'il souhaite remercier l'agent public pour un travail dont il est extrêmement satisfait soit parce qu'il sait, dans des environnements où la corruption est endémique, que l'usage est de lui verser une somme d'argent, par exemple à la remise de documents officiels. Au contraire, l'agent public ne peut pas ignorer le devoir d'impartialité auquel il est soumis. Aussi, dans l'hypothèse d'une gratification, il n'existe aucune raison de ne faire peser le risque pénal que sur le corrupteur. L'amendement ayant été adopté entre le projet de rapport et le rapport des commissions CONT et LIB du Parlement européen, il n'existe aucune explication écrite pour cette suppression partielle. Elle ne constituera une véritable évolution que si la directive PIF finalement adoptée étend cette modification à la corruption passive.

329. Portée des amendements. La Commission européenne ne s'est pas opposée à tous les amendements, ce qui pourrait faciliter leur adoption en première lecture au sein

⁶³² Nous soulignons.

⁶³³ En ce qui concerne la convention de Bruxelles : « la disposition est libellée de telle manière que la sollicitation ou l'acceptation doivent être antérieures à l'acte ou à l'omission du fonctionnaire. [...] Ainsi, au sens de cette disposition, lorsqu'un avantage est reçu après l'accomplissement d'un acte sans avoir été précédé d'une sollicitation ou d'une acceptation, les États membres ne sont pas tenus de prévoir une responsabilité pénale » ; V., Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, 3 décembre 1998, JO C 391 du 15 décembre 1998, pp. 1-12, spéc. point 2.5.

⁶³⁴ En ce qui concerne la convention pénale du Conseil de l'Europe : « l'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'agent public doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. [...] S'il y a une demande unilatérale ou un pacte de corruption, il est essentiel que l'acte de l'agent public, ou son absence d'action, intervienne après la demande ou la conclusion du pacte » ; v., Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, para. 34 et 43.

du Conseil. La principale critique tient au fait que certains amendements modifient une infraction sans en répercuter les conséquences sur l'autre. Le résultat final semble essentiellement résulter de compromis réalisés au détriment de la cohérence des incriminations, de leur clarté et de leur intelligibilité. De son côté, la Commission a souhaité concentrer ses efforts sur une disposition sensible pour certains États membres : l'exigence d'un acte contraire aux devoirs officiels.

2. *La suppression de l'exigence d'un acte « contraire aux devoirs officiels »*

330. Enjeux. Sous son apparente simplicité, l'expression « *contraire aux devoirs officiels* », qui n'est employée que par certains États membres, peut revêtir des acceptions diverses. À partir de quand doit-on considérer que l'agent public agit en contrariété avec ses devoirs officiels ? Il est d'autant plus difficile de répondre à cette question que l'impartialité est généralement l'un des devoirs des agents publics. Comment pourrait-il recevoir une commission occulte et maintenir son impartialité ? Pourtant, le premier protocole, comme la convention de Bruxelles, prévoient le critère de la contrariété aux devoirs officiels dans la définition des infractions de corruption. Afin de mesurer les conséquences d'une suppression de ce critère, il convient tout d'abord d'exposer la manière dont certains États membres l'emploient puis de mettre en exergue l'ambiguïté des instruments internationaux et enfin de déterminer les conséquences pratiques de la future directive PIF.

Plusieurs États membres recourent au critère de la violation des devoirs officiels pour apprécier la gravité de l'infraction de corruption. Ils distinguent la corruption simple, souvent appelée « *octroi d'un avantage* », et la corruption aggravée.

Dans le premier cas, un agent public reçoit un avantage pour agir conformément à ses devoirs officiels. Par exemple, il a agi dans le cadre de ses fonctions et a effectué un acte qu'il aurait accompli avec ou sans l'avantage reçu. Il y a déjà un comportement prohibé, car l'avantage est indu (devoir d'impartialité), et le fonctionnaire n'a pas à être rémunéré par une personne privée. Néanmoins, la sanction sera plus faible, car l'absence de contrariété aux devoirs officiels rend l'atteinte moins importante.

Dans le second cas, la preuve d'un acte contraire aux devoirs officiels doit être rapportée. Par exemple, il faut prouver que l'agent public a délivré une autorisation alors

que l'administré n'y avait pas droit. Dans cette situation, l'acte de l'agent public est illégal et justifie une sanction beaucoup plus élevée. La répression de cette infraction est cependant plus difficile en raison de la nécessité de rapporter la preuve d'un élément supplémentaire.

La gradation de la gravité de l'infraction en fonction de la violation ou non des devoirs officiels est en vigueur, par exemple, en Allemagne⁶³⁵, en Autriche⁶³⁶, en Hongrie⁶³⁷, en Belgique⁶³⁸, aux Pays-Bas⁶³⁹ et au Portugal⁶⁴⁰. La peine privative de liberté encourue est parfois beaucoup plus importante en cas de violation des devoirs officiels : par exemple, la Hongrie réprime de 1 à 5 ans d'emprisonnement l'octroi d'un avantage (corruption simple) et de 2 à 8 ans, voire de 5 à 10 ans d'emprisonnement, la corruption aggravée. Les deux comportements étant réprimés, le droit positif de ces pays est généralement conforme aux conventions internationales. Il peut parfois exister quelques incertitudes. Par exemple, l'Allemagne ne vise pas l'octroi d'un avantage en cas de corruption transnationale. Malgré ses explications devant le GRECO⁶⁴¹ et le groupe de travail sur la corruption de l'OCDE⁶⁴², ces derniers ont estimé, à la lumière d'avis exprimés par des experts juridiques et une association anticorruption allemande⁶⁴³, que l'Allemagne devait étendre l'infraction d'« octroi d'un avantage » aux agents publics étrangers⁶⁴⁴. Toutefois, l'Allemagne ne sera en contravention avec ses engagements internationaux que si elle

⁶³⁵ Le critère de la « violation des obligations de la charge » permet de distinguer la corruption légère (articles 331 et 333 du code pénal allemand) et la corruption lourde (articles 332 et 334 du code pénal allemand) d'un agent public national. Citer rapport d'évaluation cycle 3, thème 1, p. 3 et s. Dans les deux cas, il reste nécessaire d'établir un rapport causal entre l'avantage sollicité, promis ou versé et l'acte du corrompu, ce qui permet par exemple d'exclure les étrennes. G. FRANÇOIS, « L'incrimination de la corruption en Allemagne », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII - *Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, p. 21.

⁶³⁶ Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Autriche, 3^{ème} cycle, thème 1, 9 déc. 2011, pp. 4-5.

⁶³⁷ La violation des devoirs est une circonstance aggravante en droit hongrois. Rapport d'évaluation du GRECO sur la Hongrie, 3^{ème} cycle, thème 1, 11 juin 2010, p. 10.

⁶³⁸ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Belgique, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, p. 8.

⁶³⁹ Rapport d'évaluation du GRECO sur les Pays-Bas, 3^{ème} cycle, thème 1, 28 mars 2003, p. 24.

⁶⁴⁰ Étant utilisé pour la gradation des sanctions, le critère de la violation des devoirs peut indirectement avoir des conséquences sur les délais de prescription. Dans l'affaire portugaise « *Freeport* », la possibilité pour le procureur de poursuivre dépendait de la caractérisation ou non du critère précité. V. Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 12.

⁶⁴¹ Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 4 déc. 2009, para. 99.

⁶⁴² Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Allemagne, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Allemagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2011, para. 28.

⁶⁴³ *Ibid.*, para. 29.

⁶⁴⁴ *Idem* ; Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 4 déc. 2009, para. 109.

décide effectivement de ratifier la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, sans émettre de réserve⁶⁴⁵.

331. Obligations internationales. Les traités relatifs à la lutte contre la corruption n'ont généralement pas repris le critère de la violation des devoirs officiels. Ainsi, il n'est prévu ni par la convention de l'OCDE, ni par la convention de Mérida, ni par la convention du Conseil de l'Europe. Il semble toutefois toléré dans la mesure où les raffinements du droit interne ne portent pas atteinte aux objectifs des conventions internationales⁶⁴⁶. En d'autres termes, à partir du moment où les deux comportements sont réprimés, il n'est pas interdit d'utiliser ce critère pour grader la gravité de l'infraction. Seuls le premier protocole et la convention de Bruxelles visent la « *violation des devoirs officiels* ». Aussi, il semble que ces instruments ne répriment la corruption que dans l'hypothèse d'une violation des devoirs officiels. Les États membres sont alors libres de s'en tenir à cette définition ou de supprimer ce critère et donc d'aller au-delà des exigences posées. Néanmoins, il semble que les instruments de l'UE retiennent leur propre acception de la violation des devoirs officiels. En effet, le rapport explicatif du premier protocole PIF expose clairement que « *le droit de certains États membres couvre le cas où un fonctionnaire, manquant à son devoir d'impartialité, reçoit un avantage pour accomplir un acte conforme à sa fonction (par exemple pour accorder un traitement préférentiel en accélérant ou en suspendant la gestion d'un dossier). Ce cas est couvert par le présent article* »⁶⁴⁷. Dès lors, la premier protocole PIF semblent couvrir des cas qui sont considérés, par le droit positif de certains États membres, comme de simples octrois d'avantages.

332. Suppression dans la future directive PIF. L'orientation générale du Conseil maintient le critère de la contrariété aux devoirs officiels⁶⁴⁸, même si certaines délégations ont exprimé leur soutien à la modification proposée par la Commission⁶⁴⁹. Pourtant, la suppression de ce critère permet de lever l'ambiguïté du premier protocole PIF et d'aligner

⁶⁴⁵ La convention de l'OCDE (art. 1) et la convention ONU (art. 16) imposent d'incriminer la corruption active d'un agent public étranger que si l'acte demandé au fonctionnaire a pour but d'obtenir ou de conserver un marché. Dès lors, ces conventions ne couvrent pas le simple octroi d'un avantage.

⁶⁴⁶ V. le Rapport explicatif de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, para. 39.

⁶⁴⁷ Nous soulignons.

⁶⁴⁸ Note du Conseil JAI, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH, Annexe, 10 juin 2013, Doc. 10729/13.

⁶⁴⁹ Note de la Présidence du Conseil, 30 avr. 2013, Doc. 8888/13, p. 10.

la définition de la corruption sur celle retenue par les autres conventions internationales. Elle suppose également que les situations où il n'y a pas de violation des devoirs officiels devront être réprimées conformément aux dispositions de la directive PIF. Dans la version de la Commission, cela signifie que l'auteur d'une infraction corruption devra être passible *a minima* d'une peine de cinq années d'emprisonnement, qu'il ait ou non violé ses devoirs officiels. La gradation de la gravité de l'infraction selon ce critère serait moins évidente pour les États membres. Or, la suppression de cette exigence en droit interne permettrait d'alléger les exigences de preuve, surtout dans un contexte transnational où les obligations auxquelles sont astreints les agents publics étrangers ne sont pas toujours connues. Enfin, l'Allemagne serait immédiatement concernée et devrait certainement modifier sa législation pour punir de manière équivalente la corruption nationale et transnationale, du moins dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'UE.

333. L'adoption de la directive PIF pourrait modifier en profondeur la définition de l'agent public et, dans une certaine mesure, la définition des infractions de corruption. La nouvelle définition des sanctions minimales encourues par les auteurs et les complices de ces infractions démontre une ambition encore plus élevée des institutions européennes.

II. La réduction de la marge d'appréciation des États membres quant aux sanctions applicables aux personnes physiques

334. La réitération du standard. Les articles 7 et 8 de la proposition de la Commission ont pour objet les sanctions applicables à l'encontre des personnes physiques ayant commis l'une des infractions visées par la future directive PIF. L'article 7§1 exige notamment l'adoption de « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives ». Hérité de la jurisprudence de la Cour de Justice⁶⁵⁰, ce standard est systématiquement répété dans tous les instruments d'harmonisation pénale issus du 3^{ème} pilier depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, y compris dans le premier protocole⁶⁵¹ et dans la convention de Bruxelles⁶⁵². Après le traité de Lisbonne, la reprise de cette disposition, qui oblige les États à adopter un niveau de sanction satisfaisant tout en leur permettant

⁶⁵⁰ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ République hellénique*, aff. 68/88 (ECLI:EU:C:1989:339), *Rec.* 1989, p. 2965, point 24.

⁶⁵¹ Premier Protocole PIF, art. 5§1.

⁶⁵² *V. supra*, n^{os} 98. et s.

d'adapter celle-ci à leur culture juridique, reste essentielle puisque les directives d'harmonisation pénale sont également destinées à faire l'objet d'une transposition en droit interne. Néanmoins, le champ d'application du standard tend à être de plus en plus réduit au fur et à mesure que les instruments de l'Union européenne définissent avec précision les peines maximales d'emprisonnement pour chaque infraction. C'est par exemple le cas de la directive concernant la prévention de la traite des êtres humains où seules les infractions d'incitation, participation, complicité et tentative doivent être punies de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives⁶⁵³ alors que dans la décision-cadre qu'elle est venue remplacer, le standard concernait toutes les infractions⁶⁵⁴. Ce mouvement est le signe d'une volonté forte de l'Union européenne d'exercer pleinement sa compétence laissant peu de marge au législateur national pour déterminer l'intensité de la réponse pénale. La proposition de directive PIF n'échappe pas à cette logique.

335. Harmonisation partielle. L'échec de la précédente proposition de directive PIF⁶⁵⁵ a empêché la protection des intérêts financiers de bénéficier des évolutions consacrées dans les décisions-cadre post-Amsterdam en matière de sanctions. Les États membres sont uniquement tenus de respecter le standard susmentionné, dont la portée vague n'a entraîné qu'une harmonisation partielle⁶⁵⁶. Tous les États membres prévoient formellement, pour les infractions de corruption dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'Union, des sanctions pénales incluant, au moins dans les cas qu'ils jugent graves, une peine privative de liberté⁶⁵⁷. Toutefois, il n'existe aucun suivi politique de l'Union et aucun contrôle juridictionnel supranational concernant le respect des caractères de la sanction : la conformité des droits internes a été entièrement laissée à l'appréciation de chaque État membre. Le contrôle de la conformité des transpositions n'a pu être assuré

⁶⁵³ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, art. 4, *JOUE* L 101 du 15 avril 2011, pp. 1-11.

⁶⁵⁴ Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *JO* L 203 du 1^{er} août 2002, pp. 1-4, spéc. art. 3§1.

⁶⁵⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, COM(2001) 272 final, *JO* C 240 du 28 août 2001, pp. 125-129.

⁶⁵⁶ V. *infra*, n° 336.

⁶⁵⁷ V., pour l'évaluation de 27 États membres, *Study on the legal framework for the protection of EU financial interest by criminal law*, RS 2011/07, 4 mai 2012, pp. 239-246 ; v. égal., pour l'évaluation de 15 États membres, Commission staff working paper, *Annex to the second report from the Commission - Implementation of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests and its protocols - Article 10 of the Convention*, 14 févr. 2008, COM (2008) 77 final, pp. 40-42.

par la Cour de Justice qui ne pouvait pas être saisie d'une question préjudicielle ou d'une action en manquement concernant les dispositions relatives aux sanctions.

336. Études interne et externe. La Commission européenne s'est donc attachée, dans les travaux réalisés pour élaborer la nouvelle proposition de directive, à mettre en exergue les écarts importants en matière de sanction pénale qui laissent présumer l'insuffisance de certaines législations, causant un préjudice aux intérêts financiers de l'UE. L'avis de la Commission se fonde à la fois sur une étude réalisée par ses propres services⁶⁵⁸ (ci-après, « étude interne »⁶⁵⁹) et sur une « étude d'impact » commandée à un prestataire tiers⁶⁶⁰ (ci-après, « étude externe »⁶⁶¹) et dont il semble nécessaire de tenir compte pour déterminer si les affirmations péremptoires du préambule relatives au respect des principes de proportionnalité, de nécessité et de subsidiarité sont fondées. En effet, l'étude interne est, en principe, communiquée au Parlement européen et au Conseil en même temps que la proposition et l'étude externe et, *a minima*, mentionnée dans la proposition de directive communiquée⁶⁶².

337. Intérêt des études préparatoires. Les deux études préparatoires susmentionnées prennent plusieurs exemples concrets afin de démontrer l'écart entre les États dans l'intensité de la réponse pénale. Toutefois, certaines assertions sont, au jour de la rédaction des études, inexactes ou imprécises et ne reflètent pas exactement le régime juridique de l'État membre considéré. En outre, ce n'est pas toujours la même infraction qui est comparée. Aussi, la majorité des exemples choisis visant la corruption active d'un agent public, c'est uniquement au regard de cette infraction que la législation interne devrait être appréciée.

338. Exemples de l'étude interne. L'étude interne souligne, par exemple, que la République tchèque ne prévoit qu'une peine d'emprisonnement allant de 0 à 2 ans alors

⁶⁵⁸ Commission Staff Working Paper, Impact Assessment (Part I) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, 11 juill. 2012, SWD(2012) 195 final.

⁶⁵⁹ La suite de la présente recherche renverra uniquement à « étude interne » afin de ne pas répéter systématiquement toutes les références. Pour la liste des expressions, v. *supra*, p. 4.

⁶⁶⁰ Étude du cabinet GHK, *Study on the legal framework for the protection of EU financial interests by criminal law RS 2011/07 - Final Report*, 4 mai 2012, URL : http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/study-protection-of-eu-financial-interests_en.pdf

⁶⁶¹ La suite de la présente recherche renverra uniquement à « étude interne » afin de ne pas répéter systématiquement toutes les références. Pour la liste des expressions, v. *supra*, p. 4.

⁶⁶² COM(2012) 363 final, p. 5, note 16.

que le Luxembourg punit la même infraction d'une peine de 5 à 10 ans d'emprisonnement⁶⁶³.

L'affirmation est imprécise, le droit tchèque étant plus complexe⁶⁶⁴ : si l'acte de corruption active est accompli dans le cadre d'une « *prestation de services d'intérêt général* », l'auteur des faits encourt bien une peine d'emprisonnement maximale de 2 ans. Cependant, s'il commet le même acte vis-à-vis d'un agent public, il s'agit d'une circonstance aggravante portant la peine de 1 à 6 ans d'emprisonnement, soit une peine plus élevée que celle proposée par la Commission dans les cas graves⁶⁶⁵. Tout dépend donc du champ d'application de la notion d'agent public⁶⁶⁶ : dans le droit tchèque, elle ne couvre pas les personnes qui ne sont pas dotées d'un pouvoir décisionnaire comme le dactylographe, la secrétaire, l'archiviste ou encore le porte-parole⁶⁶⁷. De même, elle ne vise pas toutes les personnes exerçant une fonction de service public au sens de l'article 5, point b de la proposition de directive PIF⁶⁶⁸. Mais la législation tchèque est plus sévère que ce que laisse entendre l'étude interne et la problématique tient surtout à la définition de l'agent public qui est laissée à la libre appréciation des États membres par le 1^{er} protocole.

Concernant le Luxembourg, il faut relever qu'il voit la corruption comme un crime⁶⁶⁹ (qui sont passibles d'une peine de réclusion de 5 à 30 ans) et non un délit (qui sont passibles d'au maximum 5 ans d'emprisonnement) et prévoit, par exemple en cas de corruption active d'un magistrat⁶⁷⁰, une peine allant de 10 à 15 ans d'emprisonnement. Sa législation, plus sévère que celle des autres États membres, peut difficilement servir de modèle d'harmonisation.

339. Exemples de l'étude externe. L'étude externe compare, d'une part, la Belgique et Malte qui prévoient une peine privative de liberté de 1 an maximum et, d'autre part, la Roumanie dont la peine maximale serait de 15 ans d'emprisonnement⁶⁷¹.

⁶⁶³ Étude interne, p. 48.

⁶⁶⁴ Code pénal tchèque, art. 332. V. Rapport d'évaluation du GRECO sur la République tchèque, 3^{ème} cycle, thème 1, 1^{er} avr. 2011, pp. 3 et s. ; Rapport du Groupe de travail de OCDE sur la République tchèque, *Phase 3 Report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the Czech Republic*, Phase 3, mars 2013, pp. 20 et s.

⁶⁶⁵ V. *infra*, n° 406.

⁶⁶⁶ Code pénal tchèque, art. 127 et 134.

⁶⁶⁷ Rapport d'évaluation du GRECO sur la République tchèque, 3^{ème} cycle, thème 1, 1^{er} avr. 2011, p. 5.

⁶⁶⁸ V. *supra*, n° 314.

⁶⁶⁹ Rapport d'évaluation du GRECO sur le Luxembourg, 3^{ème} cycle, thème 1, 13 juin 2008, pp. 3 et s.

⁶⁷⁰ Code pénal luxembourgeois, art. 250, al. 2.

⁶⁷¹ Étude externe, p. 33.

La Belgique prévoit bien la peine susmentionnée⁶⁷², mais son droit est complexe et tient compte de nombreux éléments, comme le caractère injuste de l'acte sollicité, qui viennent légèrement accroître la peine encourue⁶⁷³.

En revanche, la confusion concernant le droit pénal maltais est plus importante. Ce dernier punit la corruption active d'un agent public, dans les cas les plus légers, d'une peine de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement et, dans les cas les plus graves, d'une peine de 1 an à 8 ans d'emprisonnement (article 115(c))⁶⁷⁴. Aussi, l'étude externe fait peut-être implicitement référence à deux autres dispositions, mais elle aurait dû faire ressortir leur caractère marginal. La première est incriminée à l'article 117 (c) du code pénal maltais : « *lorsque l'infraction mentionnée à l'article 115 (c) consiste dans le renvoi d'une personne inculpée pour une infraction ou l'acquittement d'un défendeur ou d'un accusé, son auteur est passible [...] d'une peine d'emprisonnement de quatre à douze mois [lorsque l'inculpation ou l'acte d'accusation porte sur] une infraction mineure* »⁶⁷⁵. L'article 117 (c) diminue donc, dans un cas très précis, la sanction encourue normalement lorsque l'agent s'abstient d'exercer ses responsabilités. La seconde disposition est l'infraction d'exaction, incriminée à l'article 112 du code pénal maltais, dont la définition est proche de la concussion en droit français⁶⁷⁶. En tout état de cause, seul l'agent public peut être sanctionné dans l'hypothèse d'une exaction⁶⁷⁷ : il n'existe pas de « versant actif » à cette infraction⁶⁷⁸.

Enfin, le droit roumain est également beaucoup plus nuancé que ce que laisse entendre le rapport externe⁶⁷⁹. Tout d'abord, il faut rappeler que le droit pénal roumain a connu de nombreuses évolutions ces dernières années : un nouveau code pénal a été adopté par une loi de 2009⁶⁸⁰, amendé plusieurs fois notamment en 2012⁶⁸¹. Il est finalement entré en

⁶⁷² Code pénal belge, art. 247.

⁶⁷³ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Belgique, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, pp. 3 et s.

⁶⁷⁴ Code pénal maltais, art. 43, 115 et 120. Le code pénal se trouve sur le site officiel du gouvernement maltais en langue anglaise, URL : <http://mjcl.gov.mt/en>

⁶⁷⁵ Nous soulignons. En outre, la critique est aujourd'hui caduque, l'article 117 (c) du code pénal maltais sanctionnant ces faits de 9 mois à 2 ans d'emprisonnement depuis 2013.

⁶⁷⁶ Code pénal, art. 432-10.

⁶⁷⁷ Code pénal maltais, art. 120.

⁶⁷⁸ Le droit maltais considère que l'auteur de la corruption active est le complice, qui encourt les mêmes peines, de l'auteur de la corruption passive (article 120 du code pénal maltais). Dans l'infraction d'exaction, celui qui verse la somme à l'agent public n'est pas un complice.

⁶⁷⁹ V. Rapport d'évaluation du GRECO sur la Roumanie, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, 3 déc. 2010.

⁶⁸⁰ Loi roumaine n° 286/2009.

⁶⁸¹ Loi roumaine n° 187/2012.

vigueur le 1^{er} février 2014⁶⁸². Non seulement le rapport externe ne fait pas mention des réformes en cours, qui modifient les sanctions pénales en matière de corruption, mais les données utilisées sous l'empire de l'ancien droit sont inexactes. Avant 2014, la corruption active d'un agent public n'était pas punie d'une peine d'emprisonnement de 15 ans maximum, mais d'une peine de 6 mois à 5 ans d'emprisonnement⁶⁸³. De surcroît, au même article, le code roumain admet les effets du repentir⁶⁸⁴ de l'auteur de l'infraction : « *l'auteur d'un tel acte n'encourt aucune peine s'il se dénonce auprès de l'instance chargée de l'instruction avant que l'acte n'ait été porté à la connaissance de celle-ci* ». Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, la même infraction est punie d'une peine de 2 ans à 7 ans d'emprisonnement, et le corrupteur peut toujours se prévaloir du repentir susmentionné⁶⁸⁵. Il est difficile de comprendre pourquoi l'étude externe se réfère à une peine de 15 ans maximale d'emprisonnement. Le tableau comparatif mentionne une infraction punie de cette peine, mais il ne s'agit pas d'une infraction de corruption⁶⁸⁶. L'étude externe a peut-être cherché à comparer les infractions de corruption passive puisqu'elle ne précise pas exactement l'infraction qu'elle utilise se référant vaguement à « *l'infraction de corruption* »⁶⁸⁷. Or, l'ancien code pénal roumain punissait cette infraction d'une peine de 3 à 12 ans d'emprisonnement et seule la forme aggravée était passible de 3 à 15 ans d'emprisonnement⁶⁸⁸. Il ne serait donc pas pertinent de comparer les infractions les plus légères en Belgique et à Malte avec la forme aggravée de l'infraction en Roumanie, sauf éventuellement si on se réfère à un comportement déterminé qui tombe dans chacune de ces catégories selon la loi considérée et à la condition que l'étude le précise explicitement. En tout état de cause, il faut à présent retenir que la loi roumaine de 2009, amendée en 2012, punit la corruption passive d'un agent public d'une peine unique de 3 à 10 ans d'emprisonnement.

⁶⁸² Loi roumaine n° 187/2012, art. 246.

⁶⁸³ Ancien code pénal roumain, art. 255.

⁶⁸⁴ Le GRECO retient l'expression de « regret réel » ou de « repentir réel », V. R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, p. 62. En droit français, la catégorie est proche de celle du « repentir » qui désigne les auteurs ou complices d'infractions qui collaborent avec la justice et permettent de limiter les conséquences de leurs actes ; il est possible de lui préférer l'expression de « collaborateurs de justice », à distinguer du « repentir actif », v. A. MIHMAN, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi "Perben II" », *Droit pénal*, n° 1, janv. 2005, étude 1, notes 1 et 55.

⁶⁸⁵ Nouveau code pénal roumain, art. 290.

⁶⁸⁶ Étude externe, p. 244 ; ancien code pénal roumain, art. 181.

⁶⁸⁷ Étude externe, p. 33.

⁶⁸⁸ Ancien code pénal roumain, art. 254.

340. Principe d'équivalence. D'une manière générale, la conclusion de divergences importantes et persistantes dans l'Union n'est pas erronée. Mais les écarts ne sont pas toujours aussi prononcés et les efforts ne sont pas toujours aussi faibles que le laissent penser les travaux préparatoires. Le propos aurait donc pu être étayé par des comparaisons exactes ou mieux détaillées.

Les mêmes observations peuvent être formulées à propos d'un autre argument avancé par le rapport externe : il convient de s'assurer que la répression de la corruption transnationale, qui intéresse la protection des intérêts financiers, soit au moins équivalente à la corruption nationale⁶⁸⁹. Les faiblesses du droit hongrois sont alors mises en exergue⁶⁹⁰. Toutefois, le rapport externe vise les infractions de corruption dans le secteur privé qui sont donc intrinsèquement hors du champ d'application de la directive PIF. Au contraire, il existe une stricte équivalence dans le secteur public : les infractions de corruption active d'un agent public national⁶⁹¹ et étranger⁶⁹² sont punies d'une peine de trois ans d'emprisonnement maximum et les infractions de corruption passive d'un agent public national⁶⁹³ et étranger⁶⁹⁴ sont punies d'une peine de 1 à 5 ans d'emprisonnement.

341. « *Forum shopping* ». Aux yeux de la Commission, les écarts constatés en matière de sanctions et, par conséquent, l'absence de protection équivalente des intérêts financiers, fondent une nouvelle intervention de l'UE⁶⁹⁵. La faible dissuasion résulterait à la fois des législations internes intrinsèquement insuffisantes⁶⁹⁶ qui inciteraient d'éventuels auteurs à passer à l'acte, et des fortes divergences entre les États membres qui les inciteraient à commettre les actes prohibés là où la loi applicable est la moins dissuasive⁶⁹⁷. Le risque du *forum shopping*⁶⁹⁸ est donc particulièrement redouté par la

⁶⁸⁹ Rapport externe, p. 80.

⁶⁹⁰ Rapport externe, p. 81.

⁶⁹¹ Code pénal hongrois, art. 253

⁶⁹² Code pénal hongrois, art. 258/B.

⁶⁹³ Code pénal hongrois, art. 250.

⁶⁹⁴ Code pénal hongrois, art. 258/D.

⁶⁹⁵ COM(2012) 363 final, pp. 2 et s.

⁶⁹⁶ Par ex., lorsqu'il existe des seuils monétaires fixes en-dessous desquels l'auteur ne sera pas puni ; v. étude externe, pp. 72 et s.

⁶⁹⁷ COM(2012) 363 final, pp. 4 et 11 ; Rapport interne, p. 23.

⁶⁹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016, p. 477, v. Forum : « (terme anglais, sans équivalent en français – V. cependant le français québécois « magasiner » : choisir un tribunal comme on choisit d'entrer dans une boutique pour faire ses emplettes) : possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable ». Le sens est ici étendu à la localisation d'une activité criminelle dans un État où la législation est moins répressive.

Commission qui s'attend à des bénéfices mécaniques : « *la criminalité économique — y compris la fraude — constitue un domaine dans lequel les sanctions pénales peuvent avoir un effet particulièrement dissuasif, car il est à prévoir que les contrevenants potentiels évalueront quelque peu les risques encourus avant de passer à l'acte* »⁶⁹⁹. Le même argument n'avait pas convaincu le Comité Économique et Social européen (CESE) consulté en 2013 sur la proposition de directive relative à la protection de la contrefaçon de l'euro : « *pointant le déficit de données scientifiques dont témoigne l'étude d'impact, le CESE a du mal à être convaincu par l'argument "du forum shopping", sur lequel se base la Commission pour élaborer sa proposition de directive. Il n'est pas sûr, selon lui, que les disparités de niveau de répression au sein de l'UE expliquent de quelque manière que ce soit la hausse des contrefaçons ni que la législation nationale en matière de répression pénale détermine prioritairement le choix du lieu d'agissement pour les contrefacteurs. D'autres facteurs, d'ordre matériel ou logistique, sont à prendre en compte pour expliquer la localisation des imprimeries de fausse monnaie* »⁷⁰⁰.

342. Évolutions. Dans un contexte transnational, la proposition de directive PIF met en exergue l'importance d'adopter des sanctions dont le seuil minimum est commun, afin d'assurer leur caractère effectif et dissuasif sur tout le territoire de l'Union.

La Commission souhaite apporter des précisions au standard rappelé ci-dessus⁷⁰¹ en allant au-delà de tous les instruments adoptés précédemment et ainsi de parvenir à une véritable harmonisation des sanctions pénales. Néanmoins, malgré l'ensemble des justifications avancées, le Parlement européen, dans sa position de 1^{ère} lecture⁷⁰², et le Conseil de l'Union européenne, dans son orientation générale⁷⁰³, ont adopté de nombreux amendements modifiant l'équilibre général du texte et restreignant sa portée. Ces versions modifiées de la proposition consacrent toujours des évolutions importantes tant au regard du premier protocole PIF que des autres traités internationaux en matière de corruption,

⁶⁹⁹ COM(2012) 363 final, p. 11.

⁷⁰⁰ Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision cadre 2000/383/JAI du Conseil », 23 mai 2013, CES2896/2013, para. 3.2.

⁷⁰¹ V. *supra*, n° 334.

⁷⁰² Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-0427/2014.

⁷⁰³ Note du Conseil JAI, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH*, Annexe, 10 juin 2013, Doc. 10729/13.

mais ces deux institutions se sont montrées plus prudentes et plus respectueuses des principes de subsidiarité et de proportionnalité que la Commission⁷⁰⁴.

343. Intérêt de l'examen détaillé. En matière de corruption, une étude approfondie des dispositions relatives aux sanctions est, dès le stade de la proposition, fondamentale à plusieurs égards. Tout d'abord, elle permet d'avoir une connaissance plus précise des divergences persistantes entre les États membres. Les observations ne sont donc pas uniquement cantonnées à la protection des intérêts financiers. Ensuite, elle permet d'appréhender en amont les évolutions importantes susceptibles d'intervenir dans les droits internes des États membres en matière de corruption. La majorité des États membres ont déjà adopté des dispositions concernant la répression de la corruption nationale et transnationale. La directive PIF pourrait avoir un effet d'entraînement en provoquant la modification sans distinction des dispositions internes relatives à la corruption ou, au contraire, entraîner la création d'un régime spécial. De surcroît, indépendamment du texte finalement adopté, la proposition de directive permet d'aborder la question des sanctions minimales obligatoires qui peuvent apparaître, peut-être à tort, comme une réponse efficace à la faiblesse de la réponse pénale constatée dans certains États membres pourtant dotés d'outils juridiques suffisants en matière de lutte contre la corruption. Enfin, dans une dynamique prospective, la présente étude permettra de déterminer les évolutions susceptibles d'être reprises dans le cadre d'une éventuelle directive centrée sur la corruption ou, au contraire, de souligner les faiblesses du texte étudié.

344. La Commission cherche à contraindre les États membres à prévoir des dispositions répressives sévères à l'encontre des corrupteurs et des corrompus et propose donc une articulation détaillée des sanctions pénales et non pénales (A). Dans les cas qu'elle estime graves, elle souhaite également fixer les seuils minimaux communs applicables aux peines d'emprisonnement (B).

A. L'articulation détaillée des sanctions pénales et non pénales

345. Structures similaires. De prime abord, l'article 7 de la proposition de directive se contente de reprendre l'articulation de l'article 5 du premier protocole PIF : il

⁷⁰⁴ V. *infra*, n^{os} 384. -385.

s'intéresse d'abord à la nature et aux caractères de la sanction, puis aux types de peine et enfin au cumul des sanctions d'une autre nature. En effet, le premier protocole prévoit :

« Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés aux articles 2 et 3, ainsi que la complicité et l'instigation auxdits comportements, sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition.

Le paragraphe 1 s'entend sans préjudice de l'exercice des pouvoirs disciplinaires par les autorités compétentes à l'encontre des fonctionnaires nationaux ou des fonctionnaires communautaires. Dans la détermination d'une sanction pénale à imposer, les juridictions nationales peuvent prendre en compte, selon les principes de leur droit national, toute sanction disciplinaire déjà imposée à la même personne pour le même comportement ».

346. Néanmoins, la proposition de directive apporte de nombreuses précisions qui sont susceptibles de modifier les obligations qui pèsent sur les États membres. La réitération du standard (1) est complétée par la reconnaissance de délits mineurs ne justifiant pas une obligation d'incrimination (2).

1. La réitération classique d'un standard

347. Le premier paragraphe de l'article 7 prévoit :

« En ce qui concerne les personnes physiques, les États membres veillent à ce que les infractions pénales visées au titre II soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant les amendes et les peines d'emprisonnement définies à l'article 8 ».

348. Traduction approximative. À titre liminaire, une nouvelle approximation dans la traduction française⁷⁰⁵ doit être corrigée puisque l'article 8 vise uniquement les peines d'emprisonnement : les sanctions pénales devront donc comprendre, d'une part, des

⁷⁰⁵ Le français est une langue officielle de l'Union européenne et il n'est pas nécessaire de rechercher les autres versions d'une directive pour en déterminer la portée. Toutefois, au stade de l'élaboration de l'instrument, la majorité des documents ne sont accessibles qu'en langue anglaise et les traductions des actes non adoptés signalent généralement que le texte original est en anglais. En tout état de cause, l'étude d'une version étrangère permet éventuellement de relever une version susceptible d'être comprise différemment selon l'Etat membres. Pour un approfondissement sur l'utilisation des langues par les institutions européennes, v. L. SABINO, « Les langues de l'Union européenne enjeux, pratiques et perspectives », *RTD Eur.*, 1999, pp. 159 et s.

amendes et, d'autre part, les peines d'emprisonnement définies à l'article 8. Cette clarification permet de souligner que les délits normaux⁷⁰⁶ devront être systématiquement punis d'une peine d'amende et non uniquement les délits graves.

349. Complicité et instigation. Le champ d'application du standard est ici réduit puisque la Commission européenne a entièrement exclu la complicité et l'instigation des dispositions relatives aux sanctions, placées sous le titre III de la proposition de directive. La nature, le type et l'intensité de la répression ne seraient donc plus précisés pour ces infractions autonomes, ce qui ferait obstacle à tout contrôle de la Commission en la matière. Aussi, l'Orientation Générale du Conseil propose un équilibre différent qui consiste à viser la complicité et l'instigation, mais uniquement pour l'application du standard susmentionné. Le Parlement européen a accordé plus d'importance à ces infractions, les incluant presque dans toutes les dispositions y compris celles concernant la criminalité organisée. Il ne les a exclues que des dispositions relatives aux seuils d'emprisonnement dans les cas graves. L'évolution proposée par le Parlement européen n'est pas parfaite puisqu'elle ne prévoit aucune définition commune et les exclut toujours partiellement du champ d'application des dispositions sur les sanctions, mais elle présente l'avantage de limiter l'intérêt de jouer sur ces notions lors de la transposition : la directive PIF exigerait une intensité proche dans la répression des actes de corruption et des actes de participation à l'infraction, ce qui contraindrait les États membres à réexaminer leur régime juridique actuel au regard de ces nouvelles obligations.

350. Articulation des peines principales. Outre l'exigence de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, sur laquelle il n'est pas nécessaire de revenir puisqu'elle a déjà été examinée ci-dessus⁷⁰⁷, la proposition de directive prévoit deux types de peine obligatoires : les amendes et les peines d'emprisonnement. À ce stade, il n'est pas fait explicitement référence à la gravité de l'infraction ou à l'extradition puisque la gradation de la sévérité des peines est détaillée dans les dispositions suivantes⁷⁰⁸. En réalité, les peines d'amendes seraient facultatives dans le cas de délits mineurs et les peines d'emprisonnement, traitées à l'article 8, ne devraient être obligatoires que dans les cas jugés graves.

⁷⁰⁶ C'est-à-dire entre les seuils de l'article 7§2 et de l'article 8 de la proposition de directive PIF.

⁷⁰⁷ V. *supra*, n° 334.

⁷⁰⁸ V. *infra*, n° 354.

351. Exclusion des peines complémentaires. Il est regrettable que l'attention de la Commission ne se soit tournée que vers les peines principales alors que la décision-cadre sur la corruption privée laissait entrevoir un intérêt pour les peines complémentaires⁷⁰⁹. Or, ces peines complémentaires peuvent s'avérer plus dissuasives et plus efficaces pour prévenir la récidive. En outre, certains États membres les connaissant déjà dans leur droit interne, leur transposition n'était pas nécessairement problématique. Il était ainsi possible de penser à l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une fonction dans une entreprise où l'Etat est totalement ou partiellement propriétaire, comme le prévoit déjà de manière facultative la Convention de Mérida⁷¹⁰. Il était également possible de proposer, de manière temporaire ou définitive, la déchéance du droit d'exercer une activité professionnelle, l'inéligibilité ou encore la publication de la sanction.

352. Gel et confiscation. L'article 10 de la proposition de directive prévoit la possibilité de geler et de confisquer les instruments et les produits de l'infraction. En effet, elle renvoie à la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne⁷¹¹, adoptée le 3 avril 2014 et qui devra être transposée avant le 4 octobre 2016⁷¹². Cette disposition était nécessaire puisque l'article 3 de la directive précitée vise la convention de Bruxelles et la décision-cadre sur la corruption privée, mais ne mentionne pas la protection des intérêts financiers.

353. Le premier alinéa de l'article 7 reste donc classique et pose une obligation générale qui pèse sur les États membres. Les apports de la directive en matière de sanctions doivent être recherchés dans les paragraphes et articles suivants, à commencer par l'admission d'un seuil monétaire fixe en-dessous duquel les États membres retrouvent une certaine liberté.

⁷⁰⁹ V. *supra*, n° 252.

⁷¹⁰ Convention ONU, art. 30, al. 7.

⁷¹¹ Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *JOUE* L 127 du 29 avr. 2014, pp. 39-50.

⁷¹² Rectificatif à la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *JOUE* L 138 du 13 mai 2014, p. 114.

2. L'admission de sanctions non pénales pour les délits mineurs

354. Gradation des sanctions. Afin de bien appréhender l'articulation proposée par la Commission européenne, il est nécessaire dès ce stade de fournir un aperçu de la gradation des sanctions. La directive proposée distingue :

- Les délits mineurs (avantages ou préjudice inférieurs à 10 000 euros et aucune circonstance particulière de gravité) : sanction au choix de l'Etat membre ;
- Les délits « normaux » (avantages ou préjudice inférieurs à 30 000 euros) : sanction pénale incluant au moins une peine d'amende ;
- Les délits graves (avantages ou préjudice supérieurs à 30 000 euros) : sanctions pénales incluant au moins une peine d'amende et les peines d'emprisonnement prévues par l'article 8.

355. Sanction des délits mineurs. Pour les délits mineurs, les États membres sont autorisés à prévoir des sanctions autres que pénales. Néanmoins, les critères permettant de déterminer la gravité du délit ne sont pas laissés à la libre appréciation des États : l'acte de corruption ne peut être considéré comme mineur qu'à la double condition qu'il implique un préjudice ou des avantages d'un montant inférieur à 10 000 euros et qu'il ne présente pas de circonstances particulières de gravité.

S'agissant de la première condition, aucune définition autonome des « *avantages* » ou du « *préjudice* » n'est fournie par la directive proposée. Le Conseil et le Parlement européen se sont opposés au recours à ces critères, mais ont surtout contesté l'établissement d'un seuil monétaire fixe⁷¹³.

356. Évaluation de l'« avantage ». Pour certaines infractions, les « *avantages* » peuvent être difficiles à identifier. C'est par exemple le cas de l'infraction visée au premier alinéa de l'article 4 de la directive proposée qui s'intéresse au comportement malhonnête d'un soumissionnaire à un marché public. En matière de corruption dans le secteur public, « *l'avantage* », de quelque nature que ce soit, est au cœur de l'élément matériel de l'infraction : il s'agit du moyen employé pour corrompre l'agent public. Si cet avantage dépasse un certain montant, l'État membre devra incriminer le comportement. En l'absence de toute indication contraire, les « *avantages* » des articles 7 et 8 renvoient

⁷¹³ V. *infra*, n^{os} 367. et s.

donc aux avantages octroyés au corrompu. Les États qui connaissent déjà ce critère pour déterminer la sévérité de la sanction ne lui donnent d'ailleurs pas une autre portée⁷¹⁴. Aussi, le critère des « avantages » ne fait pas référence à l'avantage procuré au corrupteur grâce à l'acte de corruption.

357. Évaluation du « préjudice ». Quant au calcul du préjudice, il peut être difficile à établir en amont du déclenchement des poursuites.

Tout d'abord, il est en principe indispensable d'identifier une victime. S'agissant de la corruption dans le secteur public, l'entité à laquelle est rattaché l'agent public, au sens de la directive (par exemple un État, une collectivité territoriale, une entreprise publique), peut être considérée comme une victime. Mais il est possible d'imaginer d'autres victimes comme le concurrent évincé d'un marché public ou même l'entreprise privée dans laquelle travaille le corrupteur. Dans le cadre de la directive PIF, la Commission cherche surtout à protéger les intérêts financiers de l'Union : il apparaît *a minima* nécessaire de prendre en compte le préjudice qui lui est causé.

Il est ensuite nécessaire de déterminer si tout préjudice doit entrer dans le calcul du seuil. L'admission du préjudice moral, pour l'atteinte à la réputation, a tendance à se développer en matière de corruption et est susceptible de faire à lui seul échec au seuil proposé par la Commission. Par exemple, en France, le juge a admis la réparation du préjudice moral de la ville de Cannes, résultant de l'atteinte à la notoriété d'une ville connue dans le monde entier du fait de la corruption de son maire, qu'il y ait un dommage matériel⁷¹⁵ ou non⁷¹⁶. Dans ce dernier cas, le préjudice moral dépasse à lui seul les seuils envisagés aux articles 7 et 8 de la directive proposée puisque la ville a reçu 100 000 euros de dommages et intérêts. Or, cette jurisprudence, qui a été sévèrement critiquée⁷¹⁷, pourrait aisément être étendue à l'Union européenne lorsqu'un de ses agents publics sollicite ou accepte un pot-de-vin.

⁷¹⁴ Par ex. l'Autriche ou la Grèce. V. Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Autriche, 3^{ème} cycle, thème 1, 9 déc. 2011, pp. 9-10 ; Rapport d'évaluation du GRECO sur la Grèce, 3^{ème} cycle, thème 1, 11 juin 2010, pp. 7-8.

⁷¹⁵ Cass. crim., 8 février 2006, Michel M. et Jean C., n° 05-80.488, inédit ; v. M. VERON, « Atteinte à la notoriété de la ville », *Droit pénal*, n° 5, mai 2006, comm. 73 ; C. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1083.

⁷¹⁶ Cass. crim., 14 mars 2007, n° 06-81.010, *Bull. crim.* 2007, n° 83, p. 416 ; v. M. VERON, « Entre la morale et l'argent », *Droit pénal*, n° 6, juin 2007, comm. 85.

⁷¹⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, coll. Précis Droit privé, 7^{ème} édition, Dalloz, 2014, p. 295.

358. Limites des critères employés. De surcroît, les critères des « *avantages* » et du « *préjudice* » traduisent un désintérêt de la Commission pour les situations où le pacte corrompateur n'a pas été scellé et exécuté.

En effet, la corruption est un délit formel puisque les suites d'une proposition ou d'une sollicitation sont indifférentes. Ainsi, l'avantage peut n'avoir jamais été octroyé. Doit-on tenir compte du montant de l'avantage simplement promis ou sollicité ? De même, l'infraction est consommée si l'acte attendu du corrompu est simplement « susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne ». Doit-on alors tenir compte du préjudice éventuel pour le calcul du seuil ? Toutes ces situations doivent-elles être considérées comme des délits mineurs du simple fait que le pacte n'a pas été exécuté ou qu'il n'a pas causé un préjudice ? Une telle analyse réduirait considérablement l'intérêt d'avoir érigé la tentative de corruption en infraction autonome. Le deuxième alinéa de l'article 7 de la directive vise les délits « *impliquant* » un préjudice ou des avantages inférieurs à un certain montant, ce qui permettrait d'inclure toutes les situations. Il n'existe cependant aucun autre indice dans ce sens. Au contraire, le considérant 14 du préambule de la proposition de directive prévoit : « *ces cas graves devraient être définis par référence à un préjudice global minimal déterminé, exprimé en valeur monétaire, qui doit avoir été causé au budget de l'Union, et éventuellement à d'autres budgets, par l'agissement criminel* ». Cette affirmation va bien dans le sens d'une appréciation de la gravité réduite au dommage qui a été effectivement causé au budget de l'Union européenne.

359. Circonstances particulières de gravité. Afin de combler cette lacune à l'égard des cas mineurs, les États membres devront également prévoir des « *circonstances particulières de gravité* » qui rendront indifférentes le montant des avantages ou du préjudice. Mais l'absence de définition de la catégorie susmentionnée revient à intégrer une nouvelle fois une notion vague dont la portée est incertaine.

En définitive, le recours aux critères du préjudice et des avantages n'est pas nécessairement à proscrire. Ils permettent de grader les obligations des États membres en fonction de l'enjeu de l'affaire et d'un seuil monétaire fixe commun. Mais la directive aurait pu donner une définition autonome de ces notions afin d'assurer une véritable harmonisation.

360. Intérêts de la distinction. Au-delà des critères évoqués ci-dessus, le deuxième paragraphe de l'article 7 appelle plusieurs observations supplémentaires permettant d'apprécier l'intérêt de cette disposition.

En premier lieu, le mécanisme proposé par la Commission peut se concevoir de deux manières complémentaires. D'une part, il permet aux États membres de ne pas prévoir de sanction pénale dans les cas mineurs et à l'Union européenne de s'assurer qu'il n'y aura pas d'abus grâce à un critère quantifiable commun. Cette condition illustre la méfiance de la Commission vis-à-vis d'un critère unique pouvant être librement interprété par les États membres, y compris dans un contexte où le contrôle de la Cour de Justice est envisageable. D'autre part, le mécanisme interdit la seule référence au montant du préjudice ou de l'avantage en cause : l'État qui veut se prévaloir de cette possibilité devra nécessairement lister plusieurs circonstances distinctes qu'il jugera suffisamment graves pour ne pas tenir compte du seuil monétaire. Cette seconde condition devrait notamment permettre d'éviter que certains délinquants profitent sciemment du seuil objectif institué. Les deux conditions cumulatives se servent donc mutuellement de filet de sécurité.

En deuxième lieu, l'Union européenne ne se désintéresse pas entièrement des situations mineures puisque les États membres devront nécessairement prévoir une sanction. Ils ne sont pas entièrement libres d'adopter n'importe quelle mesure alternative permettant d'atteindre l'objectif fixé.

En troisième lieu, il faut relever que la méthode employée par la Commission pour déterminer le seuil de 10 000 euros n'est expliquée ni dans la proposition de directive PIF ni dans les documents de travail. Le Parlement européen a estimé que ce seuil était trop élevé et a, prudemment, mais de manière tout aussi arbitraire, adopté un amendement le réduisant à 5 000 euros.

361. Principe de proportionnalité. Ayant fait le choix de déterminer précisément les critères de gravité de l'infraction, et les peines minimales correspondantes, la Commission cherche à garantir le respect des principes de subsidiarité, de proportionnalité et dans son prolongement de nécessité. Le considérant 12 du préambule prévoit ainsi que « *les niveaux de sanctions ne devraient pas excéder ce qui est proportionné pour ces infractions, et un seuil exprimé en valeur monétaire, en dessous duquel l'incrimination n'est pas nécessaire, devrait dès lors être instauré* ». Or, elle autorise ici explicitement les États membres à dépenaliser les infractions mineures, ce qu'elle n'a jamais envisagé dans les

autres directives d'harmonisation pénale depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Cette disposition, qui se veut respectueuse des principes susmentionnés, ne facilite pas nécessairement la tâche des États membres lors de la transposition.

Cette difficulté ne peut cependant s'apprécier qu'en s'intéressant à ce que sous-tend le mécanisme posé par la Commission. En effet, dans les cas mineurs, la Commission estime que l'intervention de l'Union est toujours nécessaire puisqu'elle exige l'établissement d'une sanction. Le principe de subsidiarité du droit européen, au sens strict⁷¹⁸, ne la conduit pas à décider qu'une action de l'Union européenne serait inutile en la matière et elle entend poursuivre l'objectif fixé à l'article 325 TFUE. Par conséquent, elle se livre ici à un contrôle de proportionnalité qui vise à moduler l'intensité de son action : « *il en résulte, selon les termes de l'Avocat général Colomer, que le principe de proportionnalité est consacré "en tant qu'outil au service de la subsidiarité" (au sens strict) et que "le lien étroit entre les deux principes transparait dans l'article 5 CE, aux termes duquel la Communauté n'intervient que lorsque les objectifs de l'action entreprise ne peuvent pas être atteints par les États isolément (subsidiarité), la Communauté devant alors limiter son intervention aux mesures strictement nécessaires (proportionnalité)"* »⁷¹⁹.

En matière pénale, l'article 83§2 TFUE⁷²⁰ a consacré un principe d'indispensabilité/nécessité⁷²¹ de la peine qui peut être vu comme une spécification du

⁷¹⁸ En droit européen, une distinction peut être opérée entre la subsidiarité au sens large qui renvoie au principe d'attribution, c'est-à-dire que l'Union ne peut agir que sur le fondement des compétences limitativement transférées par les États membres, et la subsidiarité au sens strict applicable aux compétences partagées et qui implique que l'Union ne peut agir que si son intervention se révèle plus efficace que celle des États membres. À ce propos, v. M. VAN DE KERCHOVE, « Le principe de subsidiarité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 27-46, spéc. p. 40.

⁷¹⁹ M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 34 ; v. égal., Conclusions de l'avocat général D. R.-J. COLOMER, 12 sept. 2006, *Advocaten voor de wereld*, aff. C-303/05 (ECLI:EU:C:2006:552), note 51 et point 61, Rec. 2007 I, p. 3633.

⁷²⁰ TFUE (Lisbonne), art. 83§2 : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76 ».

⁷²¹ C. SOTIS, « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 59-77, spéc. p. 75 : « *Il s'agit d'un principe, de type utilitariste, qui exerce une double fonction : de garantie, mais aussi de compétence [...], limitant mais attribuant à l'Union la compétence d'émettre des obligations de protection*

principe général établi à l'article 5 TUE⁷²² : l'intervention de l'Union européenne n'est légitimée que si la peine est indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union. Dans les cas mineurs, la Commission estime donc que cette peine n'est pas indispensable pour protéger les intérêts financiers de l'Union⁷²³. En d'autres termes, en ce qui concerne les infractions de corruption visées par la directive PIF, l'Union européenne doit intervenir car les objectifs de l'article 325 TFUE seront mieux atteints que si les États membres agissaient isolément (principe de subsidiarité du droit européen), mais son action doit se limiter à ce qui est strictement nécessaire (principe de proportionnalité), ce qui conduit ici à ne pas pénaliser (principe de subsidiarité du droit européen en matière pénale et de nécessité/indispensabilité).

362. Cas mineurs et ultima ratio. Les États membres ont recouvré la liberté de ne pas incriminer les cas mineurs de corruption puisque la directive le leur autorise explicitement. Mais ont-ils véritablement recouvré la liberté d'incriminer ? En principe, les directives d'harmonisation pénale fixent les peines minimales, si bien qu'il est généralement admis que les États membres sont autorisés à aller au-delà des prescriptions⁷²⁴. Le silence des directives n'est pas interprété comme un choix contraignant de ne pas punir. Mais en l'occurrence, la directive proposée se positionne clairement sur l'inutilité de la sanction pénale. Or, le principe de subsidiarité du droit pénal suppose de considérer l'incrimination comme le dernier recours, l'*ultima ratio*, qui ne doit donc être préféré que lorsqu'il n'existe pas d'autres modes d'intervention susceptibles d'atteindre l'objectif fixé. La peine n'est proportionnée que si elle est strictement nécessaire, et en l'absence de proportion, il est obligatoire de recourir à une autre forme d'intervention. S'agissant d'infractions destinées à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, ne serait-il pas possible de remettre en cause le choix

pénale par des directives si elles sont indispensables [...] si une norme respecte ce critère d'indispensabilité de la peine, alors l'Union européenne est légitimée à demander la peine pour cette seule raison. [...] ici l'évaluation de la nécessité de la peine ne fait pas référence à la protection efficace de l'intérêt protégé [...], mais à la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union [...]. En somme le concept fait référence à l'évaluation de l'indispensabilité de la protection pénale d'une norme, et non d'un intérêt ».

⁷²² TUE (Lisbonne), art. 5§4, al. 1 : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

⁷²³ Même si la Commission européenne souhaite fonder sa directive sur l'article 325 TFUE, elle tient fortement compte des critères posés à l'article 83§2 TFUE. À ce propos, v. *infra*, n° 474.

⁷²⁴ En ce sens, malgré un usage nécessairement prudent de cette faculté, v. E. RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC*, 2009, pp. 501 et s.

du législateur national d'incriminer les cas mineurs alors que la directive reconnaît expressément qu'un autre remède peut être tout aussi satisfaisant ?

363. Portée limitée. Le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité apparaît ici un peu formel. Les États membres prévoient déjà des sanctions pénales, parfois limitées aux amendes, y compris pour les cas mineurs de corruption. Dès lors, ils vont déjà tous au-delà des prescriptions de la directive et, afin de ne pas adopter de régime complexe, ils ne tiendraient probablement pas compte de l'ouverture abordée ici. Toutes les infractions qui ne sont pas graves au sens de la directive, c'est-à-dire qui ne dépassent pas les seuils de l'article 8, ne seraient donc pas modifiées. De plus, la dépénalisation des cas mineurs irait à l'encontre des autres engagements internationaux des États membres, y compris ceux de la convention de Bruxelles, qui ne prévoient pas cette faculté.

B. Les seuils applicables aux peines d'emprisonnement pour les délits graves

364. L'article 8 de la directive proposée s'intéresse exclusivement aux hypothèses où les États membres seront obligés de prévoir des peines d'emprisonnement en droit interne. L'expression vague des « infractions graves » adoptée par le premier protocole serait remplacée par l'édiction de critères précis et communs (1). Les peines d'emprisonnement sont également détaillées, mais si le minimum de la peine maximale ne pose aucune difficulté (3), la plus-value d'un minimum de la peine minimale n'est pas démontrée (2).

1. L'incertitude entourant l'édiction d'un seuil monétaire fixe

365. L'adoption des durées minimales et maximales d'emprisonnement ne constitue une obligation que si les infractions envisagées présentent un certain degré de gravité. Il est ici posé des seuils monétaires fixes dont le principe et certaines faiblesses ont déjà été évoqués plus haut⁷²⁵ : le montant des avantages ou du préjudice. En matière de corruption,

⁷²⁵ V. *supra*, n^{os} 355. -359.

l'édition d'une peine d'emprisonnement n'est exigée que si l'infraction implique des avantages ou un préjudice d'au moins 30 000 euros⁷²⁶.

366. Les délégations au sein du Conseil ont opposé une forte résistance à l'adoption de ces critères (a) qui présentent pourtant des avantages en matière d'harmonisation (b), mais dont l'adoption pourrait être remise en cause du fait des faiblesses entourant la proposition de la Commission (c).

a. La réticence des délégations au sein du Conseil

367. Détermination du seuil. L'adoption d'un seuil monétaire fixe n'a pas reçu l'adhésion des délégations au sein du Conseil qui ont émis de nombreuses critiques. L'une des critiques centrales est l'absence d'éclaircissements sur le mécanisme adopté. À titre d'exemple, certaines délégations se sont étonnées du traitement séparé de la corruption et du blanchiment qui connaissent des seuils spécifiques⁷²⁷. En effet, le traitement séparé de ces infractions sans motif apparent peut rendre difficile l'analyse : le bien protégé, c'est-à-dire les intérêts financiers de l'Union, est identique pour toutes les infractions. Dès lors, la Commission estime-t-elle nécessaire de fixer un seuil plus bas pour la corruption et le blanchiment, car elle estime que l'atteinte est plus grave ? Se fonde-t-elle sur l'expérience de l'OLAF ou de données particulières ? S'inspire-t-elle du droit positif de certains États membres ? Le flou qui entoure les raisons d'une dichotomie des seuils ne facilite donc pas le travail législatif.

368. Criminalité organisée. Aux termes de l'article 8 *in fine* de la directive proposée, le seuil de 30 000 euros serait indifférent : si l'acte de corruption active ou passive a été commis dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI, les États membres devront prévoir une peine maximale d'au moins dix années d'emprisonnement. Cette exception présente l'avantage de s'appuyer sur un instrument commun, l'article premier de la décision-cadre susmentionné définissant « l'organisation criminelle » :

« Une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine

⁷²⁶ V. *supra*, n° 354.

⁷²⁷ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, p. 5.

privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

Certaines délégations ont estimé que la peine était trop sévère⁷²⁸ et ne tenait pas compte du niveau de sanctions des autres instruments de l'Union européenne. L'Orientation Générale du Conseil a par conséquent conservé la possibilité pour les Parlements nationaux de déterminer eux-mêmes la sanction encourue dans le cadre de la criminalité organisée : les États membres seraient uniquement contraints d'en faire une circonstance aggravante. En réalité, la solution du Conseil pourrait s'avérer plus sévère pour les États membres qui prévoient déjà une peine d'emprisonnement de 10 ans pour les infractions de base et qui seraient tout de même tenus d'accroître la sévérité des sanctions ou d'adopter une nouvelle gradation des peines. Ainsi, en France, la criminalité organisée est appréhendée soit comme une infraction autonome, l'association de malfaiteurs⁷²⁹, soit comme une circonstance aggravante de « bande organisée »⁷³⁰. Or, il n'existe pas de « corruption en bande organisée ». Étant donné que les infractions de corruption dans le secteur public sont déjà punies de dix ans d'emprisonnement, la France aurait alors le choix de considérer que la corruption en bande organisée est un crime⁷³¹ ou adopter un régime juridique inutilement complexe et finalement moins sévère dans les autres hypothèses qui sont déjà punies de dix ans d'emprisonnement, le maximum en matière délictuelle⁷³².

Le Parlement européen n'a pas véritablement tranché la question puisqu'il a maintenu la solution de la Commission tout y adjoignant celle du Conseil, mais en ne prévoyant pas leur caractère alternatif. La seule solution permettant de concilier les différentes propositions consiste à exiger l'édition d'une circonstance aggravante, sauf si cette circonstance est déjà couverte par une infraction autonome qui prévoit une peine de dix ans d'emprisonnement. D'une manière générale, l'accroissement de la sévérité des

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁷²⁹ Code pénal, art. 450-1.

⁷³⁰ Code pénal, art. 132-71.

⁷³¹ L'article 434-9 du code pénal prévoit déjà une telle hypothèse : « Lorsque l'infraction définie au premier à septième alinéas est commise par un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, la peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende ».

⁷³² Code pénal, art. 131-1 et 131-4.

peines encourues dans le cadre de la criminalité organisée est un point d'accord et devrait donc être maintenu dans la directive adoptée⁷³³.

369. Conséquences de l'édiction d'un seuil. En dehors de cette exception, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences d'un seuil sur les droits internes, ce qui pourrait expliquer les réticences des États membres. En ce qui concerne les infractions de corruption, il est ainsi possible de répartir les États en trois catégories en fonction de leur droit positif et des effets qu'entraînerait la transposition de la directive.

La 1^{ère} catégorie est constituée des États membres qui ne connaissent pas de seuils monétaires fixes, mais qui prévoient déjà des sanctions plus élevées. C'est par exemple le cas du Luxembourg où les auteurs de corruption active et passive encourent de 5 à 10 ans d'emprisonnement. La proposition de la Commission n'aurait ici aucun effet.

La 2^{ème} catégorie comprend les États membres qui connaissent déjà au moins l'un des critères proposés, c'est-à-dire qu'ils accroissent la sévérité des sanctions en fonction du montant des avantages ou du préjudice. Il s'agit d'une forte minorité dans l'Union européenne puisque seuls quatre États membres se réfèrent à l'un de ces critères pour sanctionner plus fermement les infractions. Le seuil de 30 000 euros n'est pas particulièrement élevé au regard de leur droit positif⁷³⁴, même s'il ne s'agit pas d'un seuil moyen. Ainsi, l'Estonie, la Grèce et la Lituanie se réfèrent déjà soit au montant des avantages soit, dans certaines circonstances, au montant du préjudice. L'Autriche, qui accroît la sévérité des peines encourues si l'avantage est supérieur à 3 000 euros ou à 50 000 euros, devrait procéder à des modifications mineures. En effet, dans la majorité des cas, le dépassement du premier seuil est suffisant pour que l'auteur des faits encourt de 6 mois à 5 ans de prison⁷³⁵; dans certains cas spécifiques, le montant de l'avantage doit dépasser le deuxième seuil pour atteindre une sanction équivalente. Il suffirait donc à l'Autriche d'abaisser légèrement son deuxième seuil pour être entièrement conforme. Les États compris dans cette 2^{ème} catégorie seraient donc faiblement impactés par la proposition de la Commission.

La 3^{ème} catégorie est constituée du reliquat, c'est-à-dire des États membres qui ne connaissent pas les critères proposés et qui prévoient des sanctions plus faibles, tant pour la peine minimale que pour la peine maximale. Cette catégorie, qui est vouée à disparaître,

⁷³³ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, p. 6.

⁷³⁴ Étude externe, p. 239 et s.

⁷³⁵ Code criminel autrichien, para. 304 et s.

inclut les États qui déterminent la gravité de l'infraction à partir d'autres critères et qui ont adopté une peine d'emprisonnement maximale égale ou supérieure à 5 ans, mais une peine minimale inférieure à 6 mois (V. *infra*). C'est par exemple le cas de la France où la corruption active et passive d'un agent public est punie d'une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement, mais d'aucune peine minimale⁷³⁶.

370. Alternative laissée au législateur national. La majorité des États membres tombent actuellement dans la 3^{ème} catégorie et devraient donc modifier leur droit positif dans des proportions importantes, ce qui peut expliquer l'opposition des délégations. Le législateur national aurait deux possibilités lors de la transposition : soit il aggravera sans distinction les sanctions pour les actes de corruption (l'État intègre la 1^{ère} catégorie) soit il devra directement adopter les critères proposés (l'État intègre la 2^{ème} catégorie). Si ce dernier choix est retenu, ces critères s'analyseront en circonstances aggravantes liées aux circonstances de l'action, c'est-à-dire tirées du moyen employé (avantage d'un certain montant) ou des effets de l'action (préjudice d'un certain montant)⁷³⁷.

371. Critères alternatifs adéquats. Outre les critiques liées à la méconnaissance des critères proposés, certaines délégations se sont opposées au principe même d'inclure des seuils monétaires estimant que la gravité d'une infraction ne devrait pas être exclusivement liée à un critère financier⁷³⁸. En effet, certains droits tiennent compte de critères qui pourraient être plus adaptés aux incriminations : le droit néerlandais prévoit, par exemple, l'accroissement de la sévérité de la sanction en fonction de la qualité du corrompu⁷³⁹ ou en fonction de l'objet de la sollicitation⁷⁴⁰.

372. Pouvoir discrétionnaire. Un dernier argument avancé concerne le pouvoir discrétionnaire du juge : l'établissement de seuils monétaires fixes ferait obstacle à l'individualisation de la peine. Toutefois, il est difficile d'imaginer une circonstance aggravante d'origine légale qui ne puisse subir la même critique puisqu'il s'agit de modifier au préalable la peine encourue par le prévenu afin d'y inclure une peine minimale. L'objection semble davantage liée à la proposition de la Commission

⁷³⁶ Code pénal, art. 432-11, 433-1, 435-1 et 435-3.

⁷³⁷ À propos de ces distinctions, v. M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *Rép. pén.*, mars 2011.

⁷³⁸ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, p. 5.

⁷³⁹ Code pénal néerlandais, art. 178(1) et 364(1), (2) : corruption active et passive aggravée d'un juge.

⁷⁴⁰ Code pénal néerlandais, art. 178(2) et 364(1), (2) : corruption active et passive aggravée d'un juge pour obtenir une condamnation ; code pénal néerlandais, article 177 et 363(1) : corruption active et passive d'un agent public en violation de ses obligations.

européenne d'adopter une peine minimale commune, le juge étant alors tenu de prononcer une peine privative de liberté⁷⁴¹.

373. Suppressions des seuils par le Conseil. Les délégations au sein du Conseil ont exprimé leur préférence pour l'adoption d'un système de seuils plus souple afin de déterminer la gravité de l'infraction⁷⁴². Cependant, cette idée s'est traduite par la suppression de tout seuil dans l'Orientation Générale, ce qui permettrait aux États membres de déterminer librement les critères. Il s'agirait d'un retour vers l'idée selon laquelle l'État est le mieux placé pour déterminer les critères pertinents à adopter au regard de son droit interne. Toutefois, du point de vue de l'harmonisation, une flexibilité totale en matière de sanction s'est déjà révélée peu efficace et devrait donc être amenée à disparaître.

b. Les avantages d'un seuil commun adéquat et objectif

374. Alternative du recours en manquement. L'adoption d'un seuil commun précisément déterminé paraît cohérente avec l'objectif annoncé de réduire les divergences persistantes en matière de sanction. En effet, une définition commune constitue une garantie de ne pas voir certains États membres jouer avec la notion vague « *d'infractions graves* » et, par exemple, de ne réserver le niveau de peine requis que pour les situations marginales. Jusqu'à présent, cette exigence a démontré son inefficacité à l'égard de nombreux pays⁷⁴³. Il est vrai que cette expression n'était susceptible d'aucun contrôle dans le cadre du premier protocole ce qui a contribué à son inefficacité. Depuis le traité de Lisbonne, la Commission dispose d'une autre option consistant à maintenir la formulation vague, protégeant ainsi la diversité des ordres juridiques, puis à exercer un recours en manquement à l'encontre des États qui, selon elle, n'auraient pas correctement transposé la directive. Néanmoins, cette procédure intervient *a posteriori* et peut s'avérer relativement complexe (phase informelle, précontentieuse puis contentieuse)⁷⁴⁴. En outre, le contrôle pourrait être réduit à la sanction des violations les plus flagrantes à moins que la Cour de Justice ne dégage progressivement une liste des circonstances qu'elle juge

⁷⁴¹ V. *infra*, n^{os} 382. et s.

⁷⁴² Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n^o 18058/12, p. 6.

⁷⁴³ V. *supra*, n^{os} 334. -341.

⁷⁴⁴ TFUE (Lisbonne), art. 258 et 260 ; à ce propos, v., par ex., V. MICHEL, « Manquement (Recours en constatation de) », *Rép. europ.*, janv. 2015.

graves. Dès lors, sous l'angle de l'harmonisation, un critère objectif commun apparaît comme une évolution nécessaire.

375. Avantages du seuil. Le seuil monétaire fixe proposé n'est pas nécessairement adapté à toutes les directives d'harmonisation du droit pénal substantiel. Néanmoins, dans le cadre de la directive PIF, plusieurs arguments permettent de le considérer non seulement efficace mais aussi justifié.

En premier lieu, il s'agit d'un critère dont le respect est facilement vérifiable ce qui peut contribuer à plusieurs avancées concrètes. Au niveau législatif, les États qui ne prévoient pas un niveau suffisant de sanction seraient effectivement contraints de renforcer leur législation. Paradoxalement, le seuil pourrait s'avérer efficace à l'égard des États membres qui ne souhaitent pas l'intégrer en droit interne et qui seront donc incités à aggraver la peine prévue pour l'infraction la plus légère.

En deuxième lieu, l'édiction d'un seuil monétaire paraît conforme à l'objectif de protection des intérêts financiers de l'Union : s'il est constaté des avantages ou un préjudice d'un certain montant, la Commission estime que l'infraction est suffisamment grave, peu importe les autres circonstances, pour justifier une éventuelle privation de liberté du délinquant. Les affaires où le dommage financier est important doivent permettre une sanction sévère.

En troisième lieu, aucun autre critère n'a été proposé par le Conseil, le Parlement européen ou la Commission. Au regard de la diversité des droits positifs en la matière, il n'est pas certain qu'un autre critère, ou qu'une série de critères adaptés à chaque infraction, soit nécessairement plus satisfaisant pour les États membres. Ceci explique certainement le retour aux dispositions du premier protocole dans l'Orientation Générale.

376. Le même seuil avait été proposé par la Commission dans le cadre de la directive relative à la contrefaçon de l'euro⁷⁴⁵, mais n'a finalement pas été adopté⁷⁴⁶. L'adoption de seuils plus souples dans la directive PIF semblait également actée⁷⁴⁷, mais contrairement

⁷⁴⁵ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, 5 févr. 2013, COM(2013) 42 final, spéc. art. 5.

⁷⁴⁶ Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, spéc. art. 5, JO L 151 du 21 mai 2014, pp. 1-8.

⁷⁴⁷ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. 18058/12, p. 6.

à ce qu'il avait fait à propos de la directive sur la contrefaçon de l'euro⁷⁴⁸, le Parlement européen n'a pas modifié cette disposition dans sa position de 1^{ère} lecture. L'adoption de ces seuils dans la future directive PIF reste donc incertaine.

377. Que le seuil monétaire fixe soit finalement retenu ou non, la proposition de la Commission contient des faiblesses qui n'ont pas facilité le travail législatif des institutions européennes.

c. Les faiblesses de la proposition de la Commission

378. Absence de définition autonome des avantages et préjudices. Le premier défaut qui affecte la proposition de la Commission, déjà abordé ci-dessus à propos des délits mineurs, est l'absence de définitions autonomes concernant les « *avantages* » et le « *préjudice* » dont le montant peut être difficile à déterminer et qui ne sont pas nécessairement des critères adaptés à toutes les situations couvertes par les infractions de corruption, notamment lorsque le pacte n'a pas été scellé ou exécuté⁷⁴⁹. En outre, à la différence de ce qui a été prévu pour les délits mineurs avec les « *circonstances particulières de gravité* », l'adoption d'un autre critère venant combler la lacune n'est pas exigée.

379. Parlements nationaux. La proposition de la Commission est également affaiblie par des explications souvent sommaires qui ne sont pas suffisamment spécifiques à l'instrument en cause. Il a déjà été souligné les difficultés du travail législatif des institutions européennes⁷⁵⁰. La même difficulté se retrouve dans les échanges entre les Parlements nationaux, dans le cadre du contrôle de subsidiarité, et la Commission. À titre d'exemple, le Parlement suédois s'est ouvert de son inquiétude concernant de tels seuils à l'occasion de son contrôle de subsidiarité : « *il est dans l'opinion du [Parlement suédois] qu'il n'existe pas suffisamment de motifs pour lier la sévérité des peines d'un État à un montant particulier [au sens de la directive]* »⁷⁵¹. La réponse officielle fournie est trop

⁷⁴⁸ Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, T7-0441/2014.

⁷⁴⁹ V. *supra*, n^{os} 356. -358.

⁷⁵⁰ V. *supra*, n^o 367.

⁷⁵¹ Opinion du Riksdag (examen de subsidiarité) sur la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal : « *In the Swedish Parliament's opinion there are insufficient grounds for tying the Member States' penalty levels to particular*

concise et trop imprécise pour emporter la conviction : « *la Commission a attentivement examiné l'argument du principe de subsidiarité soulevé par le [Parlement suédois], mais reste convaincue que les dispositions de la proposition sont pleinement justifiées. En ce qui concerne les objections concrètes (concernant le niveau des sanctions et la prescription) que le Riksdag a soulevées, la Commission souligne que l'Union est la seule à pouvoir créer des obligations égales pour tous à l'aide d'une législation contraignante dans tous les États membres, et par conséquent créer un cadre juridique qui peut contribuer à surmonter les faiblesses actuelles (telles que décrites dans l'étude d'impact accompagnant la proposition). La réglementation proposée sur les sanctions et la prescription ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour créer un niveau de protection adéquat pour protéger les intérêts financiers de l'Union. Par conséquent, la Commission croit que cela est en parfaite harmonie avec le principe de subsidiarité »⁷⁵². La Commission se contente donc de renvoyer vers l'étude d'impact, qui manifestement a déjà été lue par les parlementaires suédois, et d'affirmer de manière péremptoire le respect des principes de nécessité et de subsidiarité.*

380. Suppression des peines minimales. La suppression des peines minimales serait susceptible d'amoinrir la résistance des États membres vis-à-vis d'un seuil monétaire fixe. En effet, l'amenuisement du pouvoir d'appréciation du juge interne résulte essentiellement de l'obligation d'adopter des peines minimales pour les infractions graves : en cas de dépassement d'un certain montant d'avantages ou de préjudice, le juge serait tenu de prononcer une peine privative de liberté. En outre, la suppression de cette peine permettrait à certains États de passer automatiquement de la 3^{ème} catégorie susmentionnée à la 1^{ère} catégorie. C'est par exemple le cas de la France qui ne prévoit aucune peine minimale d'emprisonnement mais, en cas de corruption dans le secteur

financial thresholds in this way ». URL : [http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/relations_other/npo/docs/sweden/2012/com20120363/com20120363_riksdag_opinion_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/rerelations_other/npo/docs/sweden/2012/com20120363/com20120363_riksdag_opinion_en.pdf)

⁷⁵² Nous soulignons. Réponse de la Commission du 17 juill. 2013 à l'opinion du Riksdag : « Kommissionen har noga granskat de argument om subsidiaritetsprincipen som riksdagen lägger fram, men är fortfarande övertygad om att bestämmelserna i förslaget är fullt motiverade. Vad gäller de konkreta bestämmelserna (om påföljdernas nivå och preskribering) som riksdagen har framhåvt noterar kommissionen att endast unionen har möjlighet att skapa lika villkor för alla genom bindande lagstiftning som gäller i alla medlemsstater, och därigenom att skapa en rättslig ram som kan bidra till att övervinna de nuvarande svaga punkterna (så som beskrivs i den konsekvensbedömning som medföljer förslaget). De föreslagna bestämmelserna om påföljder och preskribering går inte utöver vad som är nödvändigt för att skapa en tillräcklig skyddsnivå för unionens ekonomiska intressen. Kommissionen anser därför att det är helt i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen ». URL : http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/relations_other/npo/docs/sweden/2012/com20120363/com20120363_riksdag_reply_en.pdf

public, une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement. Son droit positif serait alors immédiatement conforme aux prescriptions de la directive PIF en matière de sanctions et la question d'adopter ou non les seuils monétaires proposés ne se poserait plus.

381. Proposition. En matière de corruption, vingt-trois États membres sur vingt-sept ne connaissant pas les seuils monétaires proposés, une meilleure définition de ces derniers et la suppression des peines minimales d'emprisonnement pourraient permettre de conserver une disposition utile au détriment d'une disposition dont l'intérêt n'est pas démontré et à laquelle il convient à présent de s'intéresser.

2. Le refus d'une « peine plancher » obligatoire

382. Principe. Si les seuils évoqués ci-dessus sont dépassés, la directive proposée impose aux États membres de prévoir une peine d'emprisonnement minimale (ci-après, « peine plancher ») : *« les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées à l'article 4, paragraphes 2 et 3, qui impliquent des avantages ou un préjudice d'au moins 30 000 euros, soient passibles des sanctions suivantes : (a) une peine minimale de six mois d'emprisonnement au moins »*⁷⁵³.

383. Justifications du principe. Au soutien de sa proposition, la Commission avance notamment deux arguments dont la démonstration est éparpillée à travers ses travaux préparatoires.

En premier lieu, l'adoption d'une peine plancher est présentée comme une mesure nécessaire pour garantir un niveau équivalent de protection dans toute l'Europe⁷⁵⁴ et, dans son prolongement, améliorer la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires facilitant ainsi la mise en œuvre effective des textes et le recouvrement dans les affaires transnationales⁷⁵⁵. La Commission souhaite notamment faire obstacle à la pratique du *forum shopping*⁷⁵⁶ où le délinquant tente de bénéficier de la loi la plus clémente.

En second lieu, c'est l'effet dissuasif attendu de la peine minimale qui est mis en exergue puisque les infractions visées par la directive seraient commises par des délinquants qui évaluent en amont les risques pris. La Commission résume, dans sa

⁷⁵³ Nous soulignons.

⁷⁵⁴ COM(2012)363 final, p. 15.

⁷⁵⁵ Étude interne p. 36

⁷⁵⁶ *V. supra*, n° 341.

proposition, l'ensemble des arguments évoqués : « *la criminalité économique — y compris la fraude — constitue un domaine dans lequel les sanctions pénales peuvent avoir un effet particulièrement dissuasif, car il est à prévoir que les contrevenants potentiels évalueront quelque peu les risques encourus avant de passer à l'acte. Par conséquent, l'instaurant de sanctions minimales est jugée nécessaire pour garantir une dissuasion efficace dans toute l'Europe* »⁷⁵⁷.

384. Position du Parlement européen. Le Parlement européen et le Conseil se sont vigoureusement opposés à cette proposition. Conformément au rapport des commissions LIB et CONT⁷⁵⁸, le Parlement a, dans sa position de 1^{ère} lecture, supprimé entièrement toutes les peines planchers : « *les sanctions minimales ne respectent pas la diversité des ordres juridiques et le nécessaire pouvoir d'appréciation du juge. Leur instauration ne serait pas non plus conforme à la position du Parlement à l'égard du projet de directive relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon* »⁷⁵⁹.

385. Position du Conseil. Au sein du Conseil, les critiques émises dans le cadre du groupe de travail DROIPEN⁷⁶⁰ ont également abouti à la suppression des sanctions minimales : « *la proposition d'introduire des sanctions minimales pour les infractions les plus graves a été sévèrement critiquée par la vaste majorité des délégations. Ces dernières estiment que de telles sanctions minimales vont à l'encontre du principe de proportionnalité (article 5 TFUE), du pouvoir discrétionnaire des juges, ne représentent aucune plus-value pour la lutte contre les infractions relatives à la protection des intérêts financiers et/ou ne prennent pas suffisamment en compte la gravité de l'infraction, notamment en comparaison de l'intensité des sanctions prévues dans les autres instruments de l'UE. Certaines délégations ont relevé que de telles dispositions seraient difficiles à introduire dans leur système juridique, estimant en outre que cela ne tomberait*

⁷⁵⁷ COM(2012)363 final, p. 11.

⁷⁵⁸ Rapport de la Commission du contrôle budgétaire (CONT) et de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIB) sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 25 mars 2014, A7-0251/2014.

⁷⁵⁹ Nous soulignons. *Ibid.*, amendement 27.

⁷⁶⁰ Groupe « Droit pénal matériel » (DROIPEN) examine les propositions législatives qui visent à rapprocher les dispositions nationales en matière de droit pénal matériel. URL : <http://www.consilium.europa.eu/fr/council-eu/preparatory-bodies/working-party-substantive-criminal-law/>

pas dans le champ d'application de l'article 83(2) TFUE. Très peu de délégations se sont exprimées en faveur de l'introduction de sanctions minimales »⁷⁶¹.

386. Intérêt d'une peine plancher. Les infractions de corruption sont directement concernées par cette proposition à trois égards. Tout d'abord, la proposition de directive marque une rupture avec les précédentes positions de la Commission et, d'une manière générale, avec les instruments d'harmonisation pénale depuis le traité de Maastricht. Dans son livre vert sur le rapprochement des sanctions pénales dans l'Union européenne, la Commission ne préconisait pas l'adoption de sanctions minimales : *« l'indépendance est l'une des prérogatives du juge, elle découle du principe de séparation des pouvoirs reconnu dans tous les États membres. En général, le juge pénal a une marge de liberté considérable pour prononcer la peine. Il ne serait donc pas approprié d'établir des règles contraignantes à cet égard »⁷⁶²*. Elle souhaitait au contraire privilégier d'autres options comme des études comparatives sur les pratiques des États membres ou la mise en place d'instruments de *soft law*⁷⁶³ avec des *« lignes directrices pour le prononcé »* ou des *« zones pour l'application courante dans des cas normaux »⁷⁶⁴*. Cet avis de la Commission était peut-être une attitude pragmatique vis-à-vis de la déclaration n° 8 au traité d'Amsterdam, non repris à propos de l'article 83 TFUE par le traité de Lisbonne, qui prévoyait : *« la Conférence estime que les dispositions de l'article K.3, point e), ne doivent*

⁷⁶¹ Nous soulignons. Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, p. 5 : *« the proposed introduction of minimum sanctions for the most serious offences has been severely criticized by the vast majority of delegations. These delegations find that such minimum sanctions go against the principle of proportionality (article 5 TFEU), the principle of judicial discretion, provide no added value to the fight against PIF-related offences and/or do not adequately take into account the seriousness of the offence, in particular when comparing the sanction levels foreseen in other EU instruments. Some have also noted that such provisions would be difficult to incorporate in their national legal systems, further citing that this would not fall within the scope of Article 83(2) TFEU. Very few delegations have expressed support for the introduction of minimum sanctions ».*

⁷⁶² Livre vert de la Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, p. 51.

⁷⁶³ L'expression *« soft law »* ou *« droit mou »* ou *« droit souple »* ne reçoit pas définition unique et reste. La définition proposée par le Conseil d'État peut ici être retenue : *« l'étude propose une définition du droit souple, qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ».* V. Étude annuelle du Conseil d'État, *Le droit souple*, éd. La Documentation française, 2013, p. 9.

⁷⁶⁴ Livre vert de la Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, pp. 51-52.

pas avoir pour effet d'obliger un État membre dont le système judiciaire ne prévoit pas de peines minimales de les adopter ». En tout état de cause, il convient donc de déterminer si une telle disposition pourrait être proposée dans le cadre d'une hypothétique directive sur la corruption reposant sur l'article 83§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Ensuite, l'adoption d'une peine minimale obligerait la majorité des États membres à revoir leur régime en matière de sanctions. Certains se verraient ainsi contraints d'introduire en droit interne un type de sanction qu'ils ne connaissent pas. Enfin, l'opposition marquée par le Parlement européen et par les délégations au sein du Conseil, ainsi que par les Parlements nationaux, permet de souligner le faible intérêt d'une telle disposition, du moins dans sa rédaction actuelle, y compris en matière de lutte contre la corruption.

387. Le conflit entre la Commission, qui voit dans l'adoption d'une peine minimale une des évolutions les plus importantes dans la protection des intérêts financiers de l'Union, et le Parlement européen et le Conseil, qui estiment que l'harmonisation d'une telle sanction n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif annoncé, conduit à s'interroger sur l'intérêt d'introduire une telle sanction (b). Dans l'hypothèse où cette dernière serait finalement adoptée dans cet instrument ou envisagée dans un instrument relatif à répression de la corruption, il convient tout d'abord de s'intéresser à la durée d'emprisonnement minimale souhaitée par la Commission (a).

a. Une durée exclusivement définie au regard du mandat d'arrêt européen

388. Respect du principe de proportionnalité. Alors que certains éléments de la proposition de directive sont insuffisamment motivés⁷⁶⁵, la Commission avance au contraire de nombreux arguments afin de justifier l'établissement d'une peine plancher d'emprisonnement d'une durée de 6 mois. Elle affirme que sa proposition respecte les principes de proportionnalité et de nécessité, car il s'agit de la durée la plus basse identifiée⁷⁶⁶. Toutefois, les critères retenus pour identifier cette durée, qui reposent sur trois considérations distinctes, ne semblent pas tous avoir été pris en compte de manière équivalente. L'objectif premier reste le fonctionnement du mandat d'arrêt européen : en

⁷⁶⁵ Comme, par ex., le seuil monétaire fixe, v. *supra*, n° 367.

⁷⁶⁶ Étude interne, p. 35.

ce sens, il y a une certaine continuité avec le premier protocole qui exigeait des « *peines privatives pouvant entraîner l'extradition* ».

389. Justification de la durée. Tout d'abord, une étude comparative a été menée pour déterminer une moyenne européenne, sachant que les États membres qui ne prévoient pas de peine minimale ont été exclus⁷⁶⁷.

Ensuite, il a été tenu compte de l'effet dissuasif de la peine minimale, la durée d'emprisonnement accomplie par le délinquant devant produire un « *effet stigmatisant et perturbant* ». Les contrevenants ne doivent pas pouvoir exécuter leur peine dans le cours normal de leur vie, c'est-à-dire en poursuivant un cycle annuel travail / vacances⁷⁶⁸.

Enfin, les critères permettant l'émission et l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, pour les infractions énumérées à l'article 2 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁷⁶⁹, ont été spécifiquement étudiés au regard des infractions visées par la directive PIF : « *seules les sanctions supérieures à 4 mois peuvent déclencher la remise, qui — si l'on tient compte des réductions de peine obligatoires dans certains États membres en fonction des circonstances (par exemple, paragraphe 49(1) no. 2 du code criminel allemand) — conduit à un niveau minimum normal de 6 mois pour que le mécanisme fonctionne dans toutes les affaires relatives à la protection des intérêts financiers de l'UE où la culpabilité est établie* »⁷⁷⁰.

390. Critiques des motifs. Plusieurs observations peuvent être formulées à propos de chacune des justifications avancées ci-dessus.

Concernant le premier argument de la Commission, la méthodologie retenue par le rapport externe⁷⁷¹ pour déterminer le « minimum minimum médian » permet surtout de mettre en exergue les droits positifs de certains États membres qui ne connaissent pas une telle peine pour les infractions étudiées⁷⁷² ou prévoient une peine plancher d'un jour

⁷⁶⁷ Étude externe, Annexe 10, pp. 426-428.

⁷⁶⁸ Étude interne, pp. 35-36.

⁷⁶⁹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18 juill. 2002, pp. 1-18.

⁷⁷⁰ Étude interne, p. 35 : « under this instrument, only penalties higher than 4 months can trigger surrender, which –taking into account mandatory sentencing reductions available in some Member States depending on circumstances (e.g. §49(1) no. 2 of the German criminal code) – leads to a normal minimum level of 6 months for the system to work in all cases of convictions for cases pertaining to the protection of EU financial interests ».

⁷⁷¹ Étude externe, Annexe 10, pp. 426-428.

⁷⁷² À l'exemple de la France, Chypre, la République tchèque, l'Irlande et le Royaume-Uni.

d'emprisonnement seulement⁷⁷³. S'agissant des États membres qui prévoient des peines planchers, les écarts ne sont pas prononcés puisque les peines d'emprisonnement minimales sont toutes égales ou inférieures à 1 an, à l'exception du Luxembourg qui prévoit 5 ans d'emprisonnement. Aussi, le « minimum minimum médian » en matière de corruption et de blanchiment, ces infractions étant traitées ensemble dans la proposition de directive, est de 3 mois et seuls 9 États membres prévoient une sanction plus sévère. La Commission a donc doublé la durée moyenne de la peine plancher dans les pays de l'Union européenne. Cette décision peut s'expliquer par le fait que le prononcé d'une peine de 3 mois n'est pas suffisant pour faire fonctionner le mandat d'arrêt européen⁷⁷⁴. La détermination d'une durée moyenne a donc, au mieux, eu pour rôle d'empêcher l'édiction d'une peine plancher supérieure à 6 mois.

Concernant le deuxième argument susmentionné, il est difficilement contestable que, d'une manière générale, la sanction pénale ne comporte pas de caractère dissuasif, et ne protège donc pas efficacement la société, si le délinquant pense pouvoir échapper à toute sanction ou recevoir une sanction dérisoire. Il ne faut pas omettre la dimension punitive de la sanction pénale. Toutefois, cet argument isolé ne permet pas d'établir qu'une législation qui ne prévoit pas une peine minimale de 6 mois d'emprisonnement laisse nécessairement indifférent le délinquant dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'UE. Le critère retenu pour apprécier l'effet dissuasif d'une sanction est discutable : la sanction doit empêcher le délinquant de continuer à vivre une existence presque normale. La volonté de s'assurer d'un effet concret sur le délinquant par le biais d'une peine de prison ferme peut effectivement se comprendre concernant les membres d'une organisation criminelle, puisqu'il est à craindre que l'auteur des faits continue de commettre les infractions reprochées dans le cas contraire. Mais l'argument ne s'étend pas automatiquement à tous les mis en cause : la réalité d'une telle affirmation dépendra notamment de la personnalité du délinquant, de son activité ainsi que des autres sanctions qui sont susceptibles de lui être infligées et qui pourraient avoir un caractère tout aussi perturbant. Par exemple, il n'est pas certain qu'un fonctionnaire révoqué à la suite d'un acte de corruption passive a nécessairement besoin d'être emprisonné 6 mois minimum pour que sa vie soit perturbée. L'infraction dont il s'est rendu coupable doit être jugée suffisamment grave pour justifier un emprisonnement.

⁷⁷³ À l'exemple de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Slovaquie.

⁷⁷⁴ V. *infra*, n° 391.

De surcroît, l'argument de la Commission conduit à se placer sur le terrain de l'exécution et cherche à imposer une conception qui n'est pas partagée par tous les États membres. En effet, le bouleversement de la vie du délinquant n'est pas le seul objectif et, concernant les peines faibles, il sera généralement recherché le meilleur équilibre pour que la personne condamnée présente des chances de réinsertion. À titre d'exemple, en France, il est possible d'obtenir le fractionnement de sa peine dans des conditions qui ont été assouplies par la loi du 24 novembre 2009⁷⁷⁵ : « *en matière correctionnelle, la juridiction peut, pour motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social, décider que l'emprisonnement prononcé pour une durée de deux ans, ou, si la personne est en état de récidive légale, égale ou inférieure à un an au plus sera, pendant une période n'excédant pas quatre ans, exécuté par fractions, aucune d'entre elles ne pouvant être inférieure à deux jours* »⁷⁷⁶. Si l'objectif est donc de s'assurer que la vie du délinquant est bouleversée, la proposition de la Commission ne présente aucune garantie d'efficacité. En France, un emprisonnement de 6 mois peut toujours permettre à la personne condamnée, y compris récidiviste, d'obtenir le fractionnement de sa peine.

391. Mandat d'arrêt européen. Le mandat d'arrêt européen est le seul critère concret retenu par la Commission pour déterminer la durée de la peine plancher. En effet, l'article 2, alinéa 1 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres prévoit : « *un mandat d'arrêt européen peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois* »⁷⁷⁷. En outre, l'alinéa 2 du même article interdit aux États membres de rechercher la réciprocité des incriminations pour les infractions listées, ce qui est le cas de la corruption, punies d'une peine ou d'une mesure privative de liberté d'au moins 3 ans d'emprisonnement (dans l'État d'émission). La directive proposée cherche donc à assurer l'exécution du mandat d'arrêt européen une fois la sanction prononcée dans le cadre d'une affaire de corruption. La future directive PIF aurait alors pour vertu d'empêcher le

⁷⁷⁵ L. n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, art. 66, *JORF*, 25 nov. 2009, p. 20192.

⁷⁷⁶ Code pénal, art. 132-27.

⁷⁷⁷ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 2§1.

délinquant d'échapper à l'exécution d'une peine, même faible, en se rendant sur le territoire d'un autre État membre.

392. Revirement de la Commission. Néanmoins, compte tenu du fait que certains États membres ne connaissent pas de peine plancher, la Commission aurait dû faire état de véritables difficultés rencontrées depuis l'adoption du 1^{er} protocole en 1996, par exemple à travers l'expérience de l'OLAF. L'absence de preuves tangibles, permettant d'établir l'utilité effective d'une peine plancher au regard du mandat d'arrêt européen, affaiblit le raisonnement de la Commission. Il est ainsi difficile d'expliquer pourquoi, depuis 2008, son appréciation a drastiquement évolué. Dans les documents de travail concernant son rapport sur la mise en œuvre de la convention PIF, la Commission semblait satisfaite des transpositions en droit interne : *« le précédent document de travail considérait que les 15 États membres avaient clairement prévu des sanctions pénales pour les infractions de corruption punies dans leur système juridique. Une telle conformité avec l'article 5 du 1^{er} protocole est également vraie pour tous les États membres qui ont rejoint l'UE le 1^{er} mai 2004. Il n'est pas nécessaire de vérifier si la sanction en matière de corruption est d'une durée suffisante pour permettre l'extradition. Premièrement, car tous les États membres prévoient toujours une sanction incluant une peine privative de liberté et, deuxièmement, car la corruption est l'une des infractions listées à l'article 2(2) de la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen »*⁷⁷⁸.

393. Liberté d'appréciation du juge. L'intérêt d'insérer une peine plancher dans une directive d'harmonisation du droit pénal uniquement pour garantir l'exécution du mandat d'arrêt européen doit être relativisé. La directive ne peut pas directement imposer au juge de prononcer une sanction déterminée puisque le principe de légalité s'oppose à ce qu'elle fonde ou aggrave la responsabilité pénale⁷⁷⁹ : *« une application directe de la directive après l'expiration du délai de transcription est exclue – en raison du caractère défavorable au citoyen »*⁷⁸⁰. Dans le prolongement, l'obligation d'interprétation conforme⁷⁸¹ *« trouve ses limites quand une telle obligation conduit à déterminer ou à*

⁷⁷⁸ Commission Staff Working Paper, *Annex to the Second Implementation Report of the Convention for the protection the Communities' financial interests*, SEC(2008) 188, pp. 40-41.

⁷⁷⁹ CJCE, 26 sept. 1996, *Arcaro*, aff. C-168/9 (ECLI:EU:C:1996:363), n°42, Rec. 1996 I, p. 04705.

⁷⁸⁰ H. SATZGER, « Le principe de légalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 85-97, spéc. p. 95.

⁷⁸¹ D. SIMON, « Directive », Rép. europ., mars 2012, para. 71 : « La nécessité d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire, a conduit la Cour de justice à poser comme exigence minimale l'obligation,

aggraver, sur la base de la directive et en l'absence d'une loi prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »⁷⁸². Le Comité économique et social européen, consulté dans le cadre de la directive relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, a d'ailleurs souligné cette limite auprès de la Commission : « *concernant la disposition fixant un seuil minimal de peine de six mois d'emprisonnement (article 5, paragraphe 4 de la proposition), et alors qu'elle constitue la mesure phare de la proposition censée répondre à l'argument du "forum shopping", le CESE s'interroge sur son utilité dans la mesure où une directive — qui s'adresse, par définition, au législateur et non au juge — ne peut imposer que cette peine soit effectivement prononcée. À cet égard, le CESE note avec satisfaction que l'exposé des motifs rappelle les principes de nécessaire individualisation de la peine — principe consacré par la Cour de Justice de l'Union européenne — et de pleine liberté d'appréciation du juge* »⁷⁸³.

394. Pourtant, en définitive, seul l'argument du mandat d'arrêt européen semble avoir réellement été pris en compte pour déterminer la durée de six mois. Or, le gain pour les États membres restant théorique, condamner l'auteur des faits à une peine d'emprisonnement de six mois uniquement pour faire fonctionner un outil de coopération apparaît contraire à la nécessaire individualisation des peines.

Au-delà des considérations relatives à la durée minimale d'emprisonnement, le principe même d'adopter une peine plancher apparaît dénué d'intérêt.

b. L'inutilité d'une peine plancher en matière de corruption

395. Absence de concertation. Les études préparatoires de la Commission tendent à démontrer qu'il a été tenu compte du droit positif des États membres qui, pour beaucoup, connaissent déjà les peines planchers. Toutefois, l'opposition du Parlement européen et du Conseil peut notamment s'expliquer par le refus d'une conception particulière de la

pour les juridictions nationales, de retenir une interprétation des dispositions du droit national qui soit conforme aux résultats visés par les directives ».

⁷⁸² H. SATZGER, *op. cit. & loc. cit.* ; v. égal. S. MANACORDA, « Le droit pénal et l'Union européenne – esquisse d'un système », RSC, 2000, p. 101 ; CJCE, 8 oct. 1987, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. C-80/86 (ECLI:EU:C:1987:431), n^{os} 13 et 14, Rec. 1987, p. 03969 ; CJCE, 26 sept. 1996, *Arcaro*, aff. C-168/9 (ECLI:EU:C:1996:363), n^o 42, Rec. 1996 I, p. 04705.

⁷⁸³ Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision cadre 2000/383/JAI du Conseil », 23 mai 2013, CES2896/2013, para. 4.1.

peine que cherche à imposer la Commission sans véritable réflexion concertée en amont. Pour certains États membres, c'est le principe même, et non les modalités, d'une peine plancher qui constitue le principal obstacle.

396. Nécessité d'un débat préalable. À titre liminaire, il convient de rappeler que l'introduction de peines plancher n'est pas neutre et sous-tend une conception particulière de la philosophie pénale : *« selon la conception classique, la justice recherche une équivalence entre un acte et la réaction sociale. Cette logique de l'équivalence se voit ici encore radicalisée dans la perspective néolibérale qui veut rendre cette équivalence à la fois arithmétique (les grilles de peines par exemple) et automatique (comme en matière de peine plancher). Par cette réponse automatique, la peine doit copier la réaction de la nature et s'abattre sur le délinquant avec la même certitude que celle de se brûler lorsqu'on approche sa main du feu. Une telle automaticité exprime une défiance à l'égard de la délibération, que l'on retrouve dans toute la pensée néolibérale. Les guidelines de peines aux Etats-Unis et, en France, les peines planchers, tentent de neutraliser la faculté délibérative de la justice. [...] Contre la tentative néolibérale de réduire la justice à une dimension instrumentale, il faut soutenir que la justice est “un doute qui décide” (l'expression est de Jean Carbonnier) »*⁷⁸⁴.

Il apparaît dès lors difficile de faire l'économie d'une discussion approfondie avant d'insérer une telle obligation dans une directive. Or, la Commission n'a jamais véritablement lancé le débat des peines planchers puisqu'elle s'y était opposée dans le cadre du livre-vert sur les sanctions pénales⁷⁸⁵.

397. Divergences entre États membres. Il est peu probable qu'un accord soit trouvé entre les institutions européennes. La directive proposée repose sur une supposition erronée. En effet, il n'existe pas une mise en œuvre identique de la peine plancher dans tous les pays qui l'ont introduite. Aussi, les développements suivants s'attacheront à démontrer que l'adoption d'une telle peine pourrait conduire à des difficultés importantes de transposition, au détriment des cultures juridiques nationales, pour un gain extrêmement faible, voire inexistant.

⁷⁸⁴ A. GARAPON, « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, n° 349, novembre 2008, pp. 117 et s.

⁷⁸⁵ V. *supra*, n° 386.

398. Incertitudes sur le pouvoir d'appréciation du juge. La directive proposée reste silencieuse sur le pouvoir d'appréciation dévolue au juge ou sur la possibilité pour les États membres de maintenir les exceptions existantes en droit interne. Un amendement déposé dans le cadre des commissions CONT et LIB, qui n'a finalement pas été retenu, avait d'ailleurs soumis l'idée de compléter la disposition : « *le juge national doit néanmoins pouvoir opter, selon le cas, pour une sanction plus légère que la sanction minimale, dans la mesure où les principes généraux du droit européen ou national le justifient* »⁷⁸⁶.

Certains Parlements nationaux ont par conséquent exprimé leurs craintes à l'occasion du contrôle de subsidiarité prévu par le Protocole n° 1 au traité de Lisbonne⁷⁸⁷. La réponse apportée par le vice-président de la Commission européenne à la chambre haute du Parlement tchèque est de nature à jeter le trouble sur la véritable portée de la disposition : « *il doit être souligné qu'un juge national a bien évidemment la possibilité d'aller en-dessous de la sanction minimale si les circonstances de l'espèce le justifient, par exemple si le contrevenant coopère avec les autorités en leur fournissant des informations qu'elles n'auraient pu obtenir autrement. Par conséquent, il n'y aura pas d'automatisme dans l'application d'une peine minimale de 6 mois d'emprisonnement pour les cas les plus graves* »⁷⁸⁸. Toutefois, cette affirmation ne revêt aucune valeur juridique et il est possible de contester l'évidence de la réponse puisque le pouvoir modérateur du juge national n'est pas abordé par les études préparatoires et ne ressort d'aucune disposition de la directive. Même si une certaine souplesse du texte pourrait être reconnue pour respecter le principe de proportionnalité, il est justement impossible d'établir dans quelle proportion.

399. Systèmes de *common law*. Les systèmes de *common law* ne seront pas nécessairement satisfaits par la disposition proposée. En effet, ces pays ont introduit des peines minimales que le juge est tenu de prononcer. Cependant, ils les ont limitées aux

⁷⁸⁶ Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 févr. 2014, PE524.832-v01-00, 2012/0193(COD), amendement 72, p. 25.

⁷⁸⁷ Protocole n° 1 au traité de Lisbonne sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, art. 3, al. 1.

⁷⁸⁸ Nous soulignons. Courrier du vice-président de la Commission, 17 sept. 2013, C(2013) 5888 final : « it should be underlined that a national judge may of course go below the minimum sanction if the circumstances in an individual case call for this, for example if the offender cooperated with the authorities by providing them with information which they would not otherwise have been able to obtain. There will thus still not be any automatism in handing out a minimum of six months of imprisonment for the most serious offences ». URL : http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/rerelations_other/npo/docs/czech_republic/2012/com20120363/com20120363_senate_reply_en.pdf

infractions les plus graves et ont admis des dérogations exceptionnelles⁷⁸⁹. Le gouvernement anglais s'est donc inquiété de l'automaticité apparente de la peine minimale prévue dans la directive PIF⁷⁹⁰. Cette dernière est bien inspirée des systèmes de *common law* et l'exception relevée par le vice-président de la Commission existe, par exemple, aux États-Unis pour tenir compte de la coopération de la personne mise en cause⁷⁹¹. Néanmoins, la peine minimale obligatoire proposée, en ne prévoyant explicitement aucune dérogation, pourrait être difficile à transposer y compris dans les pays anglo-saxons.

400. Systèmes civiliste. La difficulté sera d'autant plus grande dans une Europe largement dominée par le système civiliste. En effet, dans les pays continentaux, il n'y a pas de peines minimales obligatoires *stricto sensu* : « *reposant sur le principe d'individualisation de la peine, les pays continentaux prennent en considération, pour déterminer la peine non seulement la nature de l'infraction commise mais également la personnalité de son auteur. Quand bien même plusieurs pays européens connaissent des peines minimales pour chaque infraction, celles-ci ne sauraient conduire pour autant au prononcé de « peines automatiques en raison du pouvoir d'appréciation dévolu au juge. Ainsi, en Allemagne, en Espagne, en Belgique et en Italie, le code pénal prévoit une peine minimale et une peine maximale pour chaque infraction. Mais le juge peut en fonction des circonstances fixer la peine en dehors de l'intervalle prévu par le code* »⁷⁹². Se fonder, sans distinction, sur le droit existant des États membres pour imposer, sans dérogation apparente, une peine minimale obligatoire est donc difficilement concevable⁷⁹³.

401. Constitutionnalité. Le travail de transposition pourrait s'avérer encore plus difficile pour les États membres qui ne connaissent pas les peines minimales en droit interne.

⁷⁸⁹ C'est par exemple le cas de l'Angleterre ou du Pays de Galles. V. D. BLANC, « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, 2007, pp. 352 et s.

⁷⁹⁰ Rapport du European Scrutiny Committee of the House of Commons, *Twenty-second Report of Session 2013-14*, 2013, p. 91.

⁷⁹¹ À titre d'exemple, le *Anti-Drug Abuse Act* de 1986 permet au juge américain de déroger à la peine minimale obligatoire si le défendeur coopère avec le gouvernement et que le gouvernement en fait la demande expresse. V. E. BERNICK, P. LARKIN, « Reconsidering Mandatory Minimum Sentences : The Arguments for and Against Potential Reforms », [En ligne], 10 févr. 2014, URL : http://thf_media.s3.amazonaws.com/2014/pdf/LM114.pdf

⁷⁹² D. BLANC, op. cit. & loc. cit.

⁷⁹³ À ce sujet, v. égal., Étude de législation comparée du service des études juridiques du Sénat, *Les peines minimales obligatoires*, n° 165, sept. 2006, URL : https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165_mono.html

En France, par exemple, l'Assemblée nationale a émis des doutes sur la directive proposée : « en vertu des principes d'individualisation et de nécessité des peines, les peines minimales ont été abandonnées, dans notre pays, avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, en 1994. Cette règle supporte actuellement une unique exception : les personnes condamnées en situation de récidive légale sont passibles de peines dites "planchers". Les négociateurs français devront obtenir l'assurance que le juge restera libre de s'affranchir du seuil minimal de peine théorique, en accordant le bénéfice de circonstances atténuantes, faute de quoi il importera qu'ils obtiennent la suppression pure et simple de la référence à un seuil de peines »⁷⁹⁴.

Si la future directive PIF retient l'édition de peines plancher, la loi de transposition française risque d'être jugée inconstitutionnelle au regard du principe d'individualisation des peines : le Conseil constitutionnel avait en effet admis l'adoption d'un seuil minimal car le juge conservait un certain pouvoir de moduler la peine en fonction des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion⁷⁹⁵. En revanche, les peines automatiques sont censurées⁷⁹⁶. Le contrôle de conventionalité pourrait également conduire à écarter l'application de ce type de peines : la mission d'information de la Commission des lois de l'Assemblée nationale avait interprété l'article 6§1 CEDH dans le sens où le juge ne doit pas être « *contraint de prononcer une peine déterminée dès lors que la culpabilité du prévenu est établie. À défaut la notion même de délibéré serait privée de portée et le juge limité au simple rôle de distributeur de peines* »⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Communication de M. KARAMANLI sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (COM(2012) 363 final – document E 7529), *in* Compte-rendu n° 20 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, 4 déc. 2012, p. 5.

⁷⁹⁵ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2007-554 DC du 9 août 2007, cons. 14 et s., Rec. p. 303, *JORF*, 11 août 2007, p. 13478.

⁷⁹⁶ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-72/75/82 QPC du 10 août 2010, Rec. p. 382, *JORF*, 11 déc. 2010, p. 21710 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 377, note H. Matsopoulou ; *D.* 2011, p. 929, note B. Bouloc ; *AJ Pénal* 2011, p. 76, note J. B. Perrier ; *Dr. pénal*, n° 2, févr. 2011, comm. 23, note J.-H. Robert. En l'espèce, la peine complémentaire obligatoire de publicité des condamnations prononcées pour fraude fiscale (CGI, art. 1741, al. 4) est contraire à la Constitution en raison de l'impossibilité du juge de modifier la durée ou de disposer d'une marge d'appréciation dans la détermination des modalités de la peine. Comp. Décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-41 QPC du 29 sept. 2010, Rec. p. 257, *JORF*, 30 sept. 2010, p. 17783 ; *JCP G*, n° 47, nov. 2010, 1149, note A. Lepage et H. Matsopoulo ; *D.* 2011, p. 54, note B. Bouloc ; *RSC* 2011, p. 182, note B. de Lamy. La peine complémentaire est validée au regard de la nécessité et de l'individualisation des peines (DDHC, art. 8) : d'une part, le juge doit ordonner la peine, d'autre part, il peut fixer les modalités et la durée de la publicité.

⁷⁹⁷ P. CLEMENT, G. LEONARD, Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales, Assemblée nationale, juillet 2004, pp. 14 et s.

402. Expérience française. L'expérience française fournit des éléments intéressants puisqu'il s'agissait justement de réintroduire des peines d'emprisonnement minimales en matière délictuelle dans un pays qui les ignorait. La loi du 10 août 2007⁷⁹⁸ avait effectivement réintroduit en droit français les peines plancher, dont le champ d'application avait été étendu par la loi du 14 mars 2011⁷⁹⁹ : « *en définitive, la généalogie des textes exprime une valse hésitation entre diverses conceptions de la philosophie pénale, se partageant entre utilitarisme dissuasif et morale rétributive d'une part, individualisation et resocialisation d'autre part, la première orientation semblant prendre actuellement le pas sur la seconde, à l'instar de ce qui se passe aux États-Unis* »⁸⁰⁰.

Même s'il a pu être avancé que les critiques se faisaient plus rares⁸⁰¹, quelques années plus tard, l'hésitation se poursuit : la loi du 15 août 2014⁸⁰², entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014⁸⁰³, a supprimé ces peines. La France ne connaît donc plus de peines d'emprisonnement minimales en matière délictuelle.

403. Portée incertaine. Le transfert de certaines compétences pénales vers l'Union européenne devrait donc s'accompagner d'une plus grande précision dans la rédaction des instruments sectoriels. La plupart des États membres, qui privilégient l'appréciation casuistique des juges, auront des difficultés à transposer la directive PIF, si la version proposée par la Commission était adoptée. Il est d'ailleurs à craindre que la Commission interprète strictement la disposition en fonction, par exemple, des affaires de corruption qui auront conduit à une relaxe ou à une faible peine à l'encontre de l'auteur. Il n'existerait alors aucun moyen de prévoir la conformité d'une loi à la directive, seule l'absence totale de peine minimale étant proscrite avec certitude. Il s'en suivrait une période d'incertitude encourageant les États membres à créer un régime distinct dans le cadre des intérêts financiers et entraînant ainsi une nouvelle complexification des droits nationaux.

⁷⁹⁸ L. n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF*, 11 août 2007, p. 13466.

⁷⁹⁹ L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF*, 15 mars 2011, p. 4582.

⁸⁰⁰ J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gazette du Palais*, n° 99, 9 avril 2005, pp. 2 et s.

⁸⁰¹ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Peines planchers : état des lieux cinq ans après », *AJ Pénal*, 2012, pp. 398 et s.

⁸⁰² L. n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF*, 17 août 2014, p. 13647.

⁸⁰³ Concernant l'effet immédiat de la disparition, v., par ex., D. BOCCON-GIBOD, « Loi du 15 août 2014 : effet immédiat de la disparition des peines planchers », *RSC*, 2014, p. 800.

404. Prospective. L'ensemble des éléments évoqués ci-dessus laissent penser qu'une peine minimale d'emprisonnement ne serait pas nécessaire, donc exclue, dans le cadre d'une directive centrée uniquement sur la lutte contre la corruption. Jusqu'à présent, la Commission a proposé ce type de peines uniquement pour les directives qui présentaient un lien particulièrement fort avec l'Union européenne, que ce soit en matière d'harmonisation autonome fondée sur l'article 83§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, avec la protection de l'euro⁸⁰⁴, ou d'harmonisation accessoire avec la protection des intérêts financiers. Il n'y a donc pas une volonté de généraliser les peines minimales dans l'esprit de la Commission qui s'est abstenue dans toutes les autres directives depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. De surcroît, il existe d'autres mesures, pénales et non pénales, susceptibles de vaincre l'inaction des États. Au niveau européen, la mise en place d'un procureur européen⁸⁰⁵ va déjà dans ce sens.

405. Adoption incertaine. Néanmoins, contre la tentation d'introduire des peines minimales obligatoires en matière de corruption, il convient de souligner que leur efficacité n'a pas été démontrée ni dans les pays civilistes⁸⁰⁶ ni dans les pays anglo-saxons⁸⁰⁷. Le Professeur Michael Tonry a ainsi conclu : « aucune étude individuelle n'a démontré une diminution des infractions attribuable à l'adoption ou à la mise en œuvre d'une peine minimale obligatoire [...]. Les implications, en matière politique et relatives aux droits de l'homme, de ces deux cents ans de connaissances accumulées sont claires. Les sanctions obligatoires sont une mauvaise idée. Elles aboutissent souvent à une injustice à l'encontre des délinquants [...]. Et tous les éléments démontrent, et depuis presque quarante ans ont démontré, qu'il n'existe pas suffisamment de preuves crédibles pour conclure que des sanctions obligatoires ont un effet dissuasif significatif »⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, 5 févr. 2013, COM(2013) 42 final, spéc. art. 5.

⁸⁰⁵ Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM(2013) 534 final.

⁸⁰⁶ Pour une synthèse, par des magistrats pour un *think tank*, de plusieurs études sur l'efficacité des peines planchers à l'égard des récidivistes : A. FORSETI, A. PAUL, « Pour en finir avec les peines plancher », *JCP G*, n° 17, 28 avril 2014, 497 ; v. égal., pour une opinion divergente : J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent – À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 38, 15 septembre 2014, doctr. 952.

⁸⁰⁷ Pour les États-Unis, v. par ex., B. S. VINCENT, P. J. HOFER, *The Consequences of Mandatory Minimum Prison Terms : A Summary of Recent Findings*, Federal Judicial Center, 1994 ; pour le Canada, v. par ex., T. GABOR, N. CRUTCHER, *Mandatory Minimum Penalties: Their Effects on Crime, Sentencing Disparities, and Justice System Expenditures*, Rapport pour le département de la Justice canadien, janv. 2002, URL : http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr02_1/rr02_1.pdf

⁸⁰⁸ M. TONRY, « Mandatory Penalties », in M. TONRY (dir.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, éd. Oxford University Press, sept. 2011, pp. 747 et s. : « No individual evaluation has

Il est possible de supputer que la peine minimale d'emprisonnement ne sera finalement pas adoptée. La Commission a déjà soumis ce type de peine dans le cadre de la directive relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon et a rapidement plié face à la résistance du Parlement européen et du Conseil. Elle a cependant une attitude différente concernant la directive PIF puisqu'à l'issue de la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen, elle a estimé qu'elle ne pouvait accepter l'amendement supprimant les sanctions minimales⁸⁰⁹. Il s'agit donc d'un point de blocage important avant l'adoption définitive d'une directive PIF.

Dans le cas où la disposition n'est pas adoptée, l'attention devra être dirigée sur le minimum de la peine maximale qui présente quelques progrès par rapport au premier protocole.

3. Le consensus autour d'un minimum de la peine maximale d'emprisonnement

406. Infractions graves. En cas d'infraction grave, la directive proposée prévoit une peine de cinq années d'emprisonnement au moins. Toutefois, si l'infraction a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI, la peine doit être portée à dix ans d'emprisonnement quel que soit le montant de l'avantage ou du préjudice. Certaines délégations au sein du Conseil ont estimé que toutes les sanctions étaient trop élevées⁸¹⁰, mais les principales critiques ont concerné la peine prévue dans le cas d'une organisation criminelle : le maximum de dix ans est apparu trop élevé en comparaison des sanctions prévues dans la directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants⁸¹¹. La Commission, le Conseil et le

demonstrated crime reduction effects attributable to enactment or implementation of a mandatory minimum sentence law [...]. The policy and human rights implications of this two-century-old body of knowledge are clear. Mandatory penalties are a bad idea. They often result in injustice to individual offenders. [...] And the clear weight of the evidence is, and for nearly forty years has been, that there is insufficient credible evidence to conclude that mandatory penalties have significant deterrent effects ».

⁸⁰⁹ Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière par le Parlement européen, 9 juill. 2014, SP(2014)471.

⁸¹⁰ Note de la Présidence du Conseil, 11 déc. 2012, Doc. 17359/12, p. 4.

⁸¹¹ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, *JOUE* L 335 du 17 déc. 2011, pp. 1-14.

Parlement européen semblent s'être accordés pour transformer cette sanction en circonstance aggravante⁸¹².

407. Portée. Une peine d'emprisonnement de cinq ans dans les cas graves semble emporter l'adhésion, le Conseil souhaitant simplement abaisser le maximum à quatre ans. Il s'agirait d'un progrès significatif en ce qui concerne les exigences internationales relatives à la corruption dans le secteur public puisqu'aucune convention conclue antérieurement, dans le cadre de l'Union européenne, de l'OCDE, de l'ONU ou même du Conseil de l'Europe, ne prévoit le *quantum* de la peine maximale d'emprisonnement. En effet, les instruments précités se contentent d'exiger des sanctions privatives de libertés suffisantes pour faire fonctionner les accords d'extradition. Le progrès reste bien évidemment limité à la protection des intérêts financiers, mais la même évolution peut être attendue d'une directive plus large en matière de corruption.

On remarque qu'une échelle des peines se développe implicitement entre la corruption dans le secteur public et celle dans le secteur privé puisque, dans ce dernier cas, la décision-cadre n'a obligé les États qu'à adopter une peine maximale d'emprisonnement d'un an. Si l'on se réfère au livre-vert de la Commission sur les sanctions, la corruption dans le secteur public serait donc vue comme une infraction nécessitant une réponse sévère⁸¹³.

408. Transpositions. Si les sanctions minimales obligatoires ne sont pas adoptées, certains États membres devront tout de même modifier leur droit interne afin soit d'élever leur niveau de sanction soit, s'ils souhaitent distinguer précisément les infractions en fonction du degré de gravité, d'intégrer les seuils monétaires fixes⁸¹⁴. Plusieurs États membres pourraient au contraire conserver l'état actuel de leur législation⁸¹⁵.

409. La disposition qui sera finalement adoptée reste incertaine puisque chaque institution a présenté un équilibre différent à propos des sanctions. Certaines évolutions

⁸¹² Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-0427/2014 ; comp. Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière par le Parlement européen, 9 juill. 2014, SP(2014)471.

⁸¹³ Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, p. 19. Le livre vert distingue quatre niveaux de sanctions (du moins sévère au plus sévère), la peine de cinq ans d'emprisonnement étant considérée comme une sanction de niveau trois.

⁸¹⁴ Par ex., la Finlande. V. Étude externe, pp. 35 et s..

⁸¹⁵ Par ex., la France ou le Luxembourg. V. Étude externe, pp. 35 et s.

(comme la typologie des peines, la gradation précise des obligations en fonction de la gravité de l'infraction ou certaines circonstances aggravantes) tendent à être prévues dans toutes les directives depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et devraient entraîner une nouvelle vague de réformes relatives à la sanction de la corruption dans le secteur public en Europe. Si aucune sanction minimale obligatoire n'est adoptée, il est d'ailleurs possible que les législateurs nationaux décident de leur propre chef de ne pas créer de régime juridique spécifique en fonction de l'atteinte ou non aux intérêts financiers de l'Union. Le régime serait alors moins difficile à articuler avec les obligations issues de la convention de Bruxelles.

410. La Commission démontre sa volonté de proposer des textes ambitieux et d'assurer leur mise en œuvre. Il est possible de regretter particulièrement trois faiblesses, qui n'ont pas été corrigées par le Conseil ou le Parlement. En premier lieu, malgré le recours à des « études d'impact », le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité est attesté par des données insuffisantes. En deuxième lieu, il n'existe aucune réflexion sur les sanctions complémentaires ou sur les actes de participations pour chaque infraction, la réflexion restant focalisée sur les peines principales et plus particulièrement sur la peine d'emprisonnement. Les effets de certaines dispositions internes sur les sanctions, par exemple celles concernant le repentir, sont entièrement ignorés alors que les enjeux ont déjà été mis en exergue⁸¹⁶. En troisième lieu, la rédaction des dispositions relatives aux sanctions est parfois imprécise sur la définition de certaines notions (comme les avantages ou le préjudice) et sur la marge d'appréciation laissée aux États membres (par exemple, sur les sanctions minimales obligatoires). Le même silence ambigu existe déjà dans les instruments précédents, par exemple à propos de l'effet de la délégation de pouvoir sur la responsabilité pénale des chefs d'entreprise⁸¹⁷. Mais ces instruments étaient issus d'une négociation intergouvernementale et non de l'Union européenne qui réalise aujourd'hui l'essentiel des choix d'incrimination dans les matières qu'elle aborde.

⁸¹⁶ R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, pp. 62-66.

⁸¹⁷ Convention de Bruxelles, art. 6.

III. De légères évolutions dans la responsabilité des personnes morales

411. Faible évolution. La proposition de directive PIF intègre, aux articles 6 et 9, les dispositions du deuxième protocole PIF relatives à la responsabilité des personnes morales⁸¹⁸. En effet, ces dispositions ont peu évolué dans la décision-cadre relative à la corruption dans le secteur privé⁸¹⁹ et sont, à quelques nuances près, identiques dans la proposition de directive PIF. La compétence d'attribution de l'Union l'oblige à réitérer dans chaque instrument sectoriel les mêmes dispositions. Or, même si certaines prévisions ne varient peu ou plus, la transposition de toutes les règles d'imputabilité reste incomplète (A). Aussi, le bref examen qui suit sera complété par l'étude des modifications susceptibles d'être adoptées (B).

A. Une transposition incomplète des règles d'imputabilité

412. Définition et conditions d'engagement de la responsabilité. La définition de la personne morale et les conditions d'engagement de celles-ci sont presque inchangées par rapport aux instruments précédents.

Ainsi, l'article 6, point 4 de la proposition ne donne toujours pas de définition autonome de la personne morale, mais exclut expressément l'État, les entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et les organisations internationales publiques.

Au terme des deux premiers paragraphes de l'article 6, la responsabilité des personnes morales est susceptible d'être engagée dans deux cas distincts. Le premier, proche du droit français, correspond au système d'imputation par ricochet et pose deux conditions : l'infraction doit être commise au profit de la personne morale et l'auteur des faits, qui peut agir soit individuellement soit en tant qu'organe, doit exercer un pouvoir de direction en son sein. Le pouvoir de direction se caractérise sur la base d'un pouvoir de représentation, d'un pouvoir de prendre des décisions au nom de la personne morale ou encore d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale. Le second cas, qui est la source de nombreuses difficultés de transposition, vise les individus en

⁸¹⁸ V. *supra*, n^{os} 119. et s.

⁸¹⁹ V. *supra*, n^{os} 253. et s.

« *position para-apicale* »⁸²⁰ et pose également deux conditions : le défaut de surveillance ou de contrôle d'une personne exerçant le pouvoir de direction en son sein doit avoir rendu possible la commission de l'infraction par une personne soumise à son autorité et l'infraction doit être commise au profit de la personne morale. Dans les deux cas, la nature de la responsabilité n'est pas précisée, ce qui permet de prévoir une responsabilité administrative des personnes morales.

Enfin, le paragraphe 3 de l'article 6 confirme le cumul des poursuites à l'encontre des personnes physiques et des personnes morales. La responsabilité des personnes morales n'a pas vocation à se substituer à celle des personnes physiques.

413. Le principe de la responsabilité des personnes morales n'a pas fait l'objet d'un débat particulier au sein des institutions européennes. La nature de la responsabilité n'a pas non plus été discutée puisque certains droits, à l'exemple de l'Allemagne⁸²¹, de la Grèce⁸²² et de la Bulgarie⁸²³, continuent de prévoir une responsabilité administrative. L'enjeu central reste la transposition de cet engagement dont la difficulté avait contribué à retarder l'entrée en vigueur du second protocole. Dans ses rapports de suivi, la Commission a pu noter à plusieurs reprises que la majorité des États membres avait introduit une forme de responsabilité de la personne morale⁸²⁴. Mais elle a également relevé que certains États n'avaient pas correctement transposé leurs engagements ou qu'ils se gardaient de fournir les informations pertinentes permettant de s'en assurer.

La transposition imparfaite du second protocole ne résulte pas d'un manque de volonté, mais bien de la difficulté, d'un point de vue théorique, à introduire ce type de

⁸²⁰ S. MANACORDA, « La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, Société de Législation comparée, Paris, 2013, pp. 23-46, spéc. p. 43.

⁸²¹ V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Allemagne, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Allemagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2011, pp. 25-32, spéc. p. 25.

⁸²² V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Grèce, *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Grèce de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, juin 2012, pp. 14-15.

⁸²³ V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Bulgarie, *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Bulgarie de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase, mars 2011, pp. 12-17, spéc. p. 12.

⁸²⁴ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final, p. 6 ; Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, p. 4.

responsabilité dans certains ordres juridiques. Les obstacles sont nombreux. Ils peuvent concerner le principe même de la responsabilité des groupements dotés de la personnalité juridique⁸²⁵. Ils peuvent également concerner les conditions d'engagement de la responsabilité parfois difficilement conciliables avec le principe de personnalité des délits et des peines ou encore la liste des délits visés, la responsabilité des personnes morales n'étant pas toujours généralisée à toutes les infractions⁸²⁶.

La volonté des États membres se manifeste à deux égards. En premier lieu, les États qui savent ne pas être conformes et ne pas pouvoir l'être au moment de la transposition ne bloquent pas l'adoption, dans des instruments internationaux, des dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales. En second lieu, les engagements internationaux ont pour vertu d'alimenter un débat continu en doctrine qui contribue à l'évolution de la législation⁸²⁷. Plusieurs États membres qui ignoraient totalement ce type de responsabilité, voire y étaient hostiles, ont ainsi fini par l'introduire en droit interne⁸²⁸. L'approfondissement théorique, afin de concilier les principes internes et les engagements internationaux, devra nécessairement précéder l'adaptation du droit positif.

B. Des adaptations liées à la nouvelle « directive PIF »

414. La Commission européenne propose certaines adaptations mineures relatives à la liste des infractions imputables (1) et aux sanctions encourues par les personnes morales (2). De manière plus novatrice, le Parlement européen propose d'introduire une

⁸²⁵ Comme, par ex., en République tchèque. V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la République tchèque, Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, Phase 2, oct. 2006, para. 71 et 72. Depuis 2012, la République tchèque prévoit la responsabilité des personnes morales. V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la République tchèque, Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the Czech Republic, Phase 3, mars 2013, para. 34.

⁸²⁶ Étude externe, pp. 77-78.

⁸²⁷ À titre d'exemple, v. S. MANACORDA, « La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, éd. Société de législation comparée, Paris, 2013, pp. 23-46.

⁸²⁸ À ce propos, v. D. BOCCON-GIBOD, « Sur la responsabilité des personnes morales – Perspectives européennes », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, éd. Société de législation comparée, Paris, 2013, pp. 112-123.

nouvelle peine d'exclusion des marchés publics dont l'intérêt pratique reste, pour le moment, mitigé (3).

1. La modification de la liste des infractions imputables

415. Une modification mineure réside dans l'exclusion des infractions de participation prévues à l'article 5 de la proposition de directive : les États membres ne seraient plus obligés de prévoir la responsabilité des personnes morales lorsque l'individu qui exerce un pouvoir de direction a participé au fait principal punissable, en qualité de complice ou d'instigateur. La Commission ne donne pas d'explication et va jusqu'à indiquer, dans sa proposition, que « *l'article 6 est applicable à l'ensemble des infractions susmentionnées* »⁸²⁹.

Le paragraphe 3 de l'article 6 prévoit tout de même que la poursuite d'un complice ou d'un instigateur ne doit pas faire obstacle à la poursuite des personnes morales. Cette disposition n'est pas incohérente puisqu'elle tient implicitement compte de l'hypothèse où les États membres iraient au-delà des prescriptions de la directive en prévoyant la responsabilité des personnes morales pour les actes de complicité ou d'instigation. Il est également possible de penser à la situation où l'auteur de l'infraction principale et le complice ou l'instigateur travaillent pour la même personne morale. Dans ces deux cas, il doit être possible de poursuivre à la fois la personne physique et la personne morale.

Cette suppression tend à démontrer que la Commission ne s'intéresse que faiblement à la répression des infractions de participation alors que, dans la perspective de protéger les intérêts financiers de l'Union, il pourrait être utile de les définir, afin de préciser les situations couvertes, et de les réprimer. En outre, la suppression est partiellement inutile, du point de vue de la répression de la corruption, puisque la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe⁸³⁰ prévoit déjà que la personne physique instigatrice ou complice d'une infraction de corruption active est susceptible d'engager la responsabilité de la personne morale. Le Parlement européen a donc simplement adopté un amendement réintégrant les infractions de participation dans le champ d'application des dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales.

⁸²⁹ COM(2012) 363 final, p. 10.

⁸³⁰ Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, art. 18§1 *in fine*.

416. Une modification supplémentaire concerne les infractions susceptibles d'engager la responsabilité des personnes morales. En effet, le second protocole ne visait que la corruption active d'un agent public tandis que la proposition de directive englobe également la corruption passive. Cette évolution, dont la Commission ne fait pas état, pourrait logiquement résulter de l'extension de la qualité d'agent public à certaines personnes privées qui exercent une fonction de service public pour l'Union, dans un État membre ou dans un État tiers et qui participent à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou aux décisions relatives à ceux-ci⁸³¹. Dès lors, la corruption passive d'une personne privée, considérée comme un agent public au sens de la directive, pourrait également entraîner la responsabilité d'une personne morale de droit privé.

2. L'uniformisation des sanctions

417. Concernant la sanction des personnes morales, l'article 9 reprend pour l'essentiel les dispositions du second protocole :

« les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 6 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment : (a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics ; (b) des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale ; (c) un placement sous surveillance judiciaire ; (d) une mesure judiciaire de dissolution ; (e) la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction ».

418. La sanction prévue au point (e) vient compléter la liste établie par le second protocole, mais cet ajout n'est pas spécifique et tend à être inclus dans chaque directive d'harmonisation du droit pénal substantiel. La proposition de directive n'innove donc pas non plus sur ce point surtout que les États membres restent libres de transposer ou non les sanctions complémentaires énumérées. Il aurait pourtant été intéressant de s'interroger sur la possibilité d'en imposer certaines qui peuvent s'avérer tout autant, voire plus dissuasives que les amendes et les peines d'emprisonnement.

⁸³¹ V. *supra*, n° 314.

3. L'intérêt mitigé d'une peine d'exclusion des marchés publics de l'Union

419. Le Parlement européen, dans sa position de 1^{ère} lecture, a adopté un amendement ajoutant une sanction qui ne figure pas dans les autres directives d'harmonisation susmentionnées. Il crée un point (a bis) qui prévoit une « *exclusion temporaire ou permanente des procédures d'appel d'offres de l'Union* ».

L'exclusion des marchés publics est une mesure particulièrement sévère et adaptée aux infractions de corruption : la majorité des actes de corruption dans le secteur public concerne un marché public⁸³² et l'interdiction de soumissionner peut s'avérer beaucoup plus dissuasive qu'une amende puisqu'elle est susceptible de mettre en péril l'activité de la personne morale. Certaines institutions financières, qui ont notamment pour objet d'aider les pays en développement, ont déjà adopté des règles destinées à exclure les personnes morales des marchés qu'elles financent. Par exemple, en 2013, la société d'ingénierie canadienne SNC Lavalin Inc., qui représente 60% des opérations du groupe SNC-Lavalin, et cent de ses filiales, ont été exclues des marchés financés par la Banque Mondiale pour une période de dix ans, en raison d'une affaire de corruption d'un agent public étranger⁸³³, ce qui n'a pas été sans conséquence sur les activités de la société⁸³⁴. Du point de vue dissuasif, l'amendement proposé paraît donc pertinent.

420. Toutefois, certains textes adoptés par l'Union européenne ont déjà appréhendé le problème. Au préalable, il faut distinguer les marchés publics dans l'Union européenne, qui concernent les marchés passés par les États membres et leurs démembrements, et les marchés publics de l'Union européenne, qui sont passés pour couvrir les besoins des institutions et des organismes de l'Union européenne. Le régime juridique des premiers est harmonisé par le biais de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics⁸³⁵, remplaçant la directive 2004/18/CE, tandis que celui des seconds est régi par

⁸³² Rapport de l'OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, éd. OCDE, 2014, p. 8 ; Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 8 et s.

⁸³³ Communiqué de presse de la Banque mondiale, « La Banque mondiale radie SNC-Lavalin Inc. et ses filiales pour dix ans », 17 avril 2013, URL : <http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2013/04/17/world-bank-debars-snc-lavalin-inc-and-its-affiliates-for-ten-years>

⁸³⁴ En ce sens, v. Note de la SNC Lavalin Inc., *Notes afférentes aux états financiers consolidés intermédiaires résumés*, T4, 2014, pp. 30-34, spéc. p. 31, URL : <http://investors.snclavalin.com/fr/trousse-investisseur/2014/T4>

⁸³⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JOUE L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242.

le règlement n° 966/2012 du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (ci-après, « règlement financier »)⁸³⁶ et abrogeant le règlement n° 1605/2002⁸³⁷. Or, le point e du premier alinéa de l'article 106 du règlement financier prévoit :

« Sont exclus de la participation aux procédures de passation de marchés les candidats ou les soumissionnaires si : eux-mêmes ou les personnes ayant sur eux le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle ont fait l'objet d'un jugement ayant force de chose jugée pour fraude, corruption, participation à une organisation criminelle, blanchiment de capitaux ou toute autre activité illégale, lorsque ladite activité illégale porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union »⁸³⁸.

Il est en outre précisé :

« Les points b) et e) du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque les candidats ou les soumissionnaires peuvent prouver que des mesures appropriées ont été adoptées à l'encontre des personnes ayant sur eux le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle qui font l'objet des jugements visés aux points b) ou e) du premier alinéa »⁸³⁹.

Par conséquent, les personnes morales sont déjà exclues des marchés publics de l'Union européenne si elles ont, elles-mêmes ou les personnes ayant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle sur elles, été condamnées pour corruption ou pour une activité illégale qui porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union. La sanction est automatique et la durée de l'exclusion, qui ne peut excéder dix ans⁸⁴⁰, peut être précisée

⁸³⁶ Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, *JOUE* L 298 du 26 oct. 2012, pp. 1-96.

⁸³⁷ Le règlement 966/2012 a été modifié en 2015 par le règlement 2015/1929. Les dispositions étudiées ici ayant peu évolué, la présente étude indiquera uniquement la nouvelle numérotation, voire les évolutions, en notes de bas de page. D'une manière générale, le règlement 2015/1929 a renforcé le dispositif précédant en permettant au pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique qui n'a pas été condamné par une décision judiciaire passée en force de chose jugée, mais sur la base d'une qualification juridique préliminaire prise à la lumière des recommandations d'un organe administratif d'enquête (par ex., l'OLAF). V. Règlement (UE, EURATOM) 2015/1929 du Parlement européen et du Conseil du 28 octobre 2015 modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, *JOUE* L 286 du 30 oct. 2015, pp. 1-29.

⁸³⁸ Règlement 2015/1929, art. 106§1, point d et art. 106§4. Le nouveau règlement est plus précis et ne se contente pas de renvoyer d'une manière générale vers « la corruption » : la corruption doit être définie conformément à la convention de Bruxelles, à la décision-cadre du 22 juillet 2003, au droit du pays où le pouvoir adjudicateur se situe, du pays où l'opérateur économique est établi ou du pays où le marché doit être exécuté.

⁸³⁹ Règlement 2015/1929, art.106§7, point a.

⁸⁴⁰ Le règlement 2015/1929 fixe directement la durée maximale d'exclusion à cinq ans ; v. règlement 2015/1929, art. 106§14, point b.

par la Commission européenne par des actes délégués⁸⁴¹, conformément au point c de l'alinéa 4 de l'article 106. L'efficacité du mécanisme est, en outre, assurée par la mise en place d'une base de données centrale sur les exclusions⁸⁴² et d'un système d'alerte précoce⁸⁴³.

421. Les marchés publics de l'Union semblent donc suffisamment protégés par les dispositions du règlement financier qui peuvent s'avérer particulièrement sévères en fonction de l'activité de la société. L'intérêt de prévoir une exclusion *a priori* similaire dans la directive PIF n'est pas évident.

Aussi, afin d'appréhender l'utilité de l'amendement du Parlement européen par rapport à l'interdiction prévue par le règlement financier, il est nécessaire d'analyser, d'une part, la nature de ces deux sanctions et, d'autre part, la portée ou les effets de celles-ci. Les États membres prévoyant des régimes très différents concernant les déchéances⁸⁴⁴, les développements qui suivent adopteront uniquement le point de vue du droit français qui permet cependant d'aborder l'ensemble des enjeux.

422. La sanction prévue par le règlement financier présente toutes les caractéristiques d'une peine accessoire⁸⁴⁵ : elle est automatiquement adossée à une condamnation pénale sans devoir être prononcée par le juge. Néanmoins, la Cour de cassation, qui a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité sur une disposition identique, a retenu une interprétation différente⁸⁴⁶. Elle estime que l'interdiction automatique de soumissionner

⁸⁴¹ TUE (Lisbonne), art. 290 TFUE : « un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif ».

⁸⁴² Règlement (CE, EURATOM) n° 1302/2008 de la Commission du 17 décembre 2008 relatif à la base de données centrale sur les exclusions, *JOUE* L 344 du 20 déc. 2008, pp. 12-26 ; v. égal. Règlement 2015/1929, art. 108,

⁸⁴³ Décision de la Commission du 13 novembre 2014 relative au système d'alerte précoce à l'usage des ordinateurs de la Commission et des agences exécutives, *JOUE* L 329 du 14 nov. 2014, pp. 68-80 ; v. égal., règlement 2015/1929, art. 105*bis* (nouveau). À propos du système d'alerte précoce, v. not. C. BERNARD-GLANZ, L. LEVI, « Le système d'alerte précoce de la Commission européenne ou d'un certain oubli des droits fondamentaux ? », *Les marchés publics*, n° 88, avril 2012, pp. 26 et s.

⁸⁴⁴ Livre vert de la Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, pp. 21 et s.

⁸⁴⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016, p. 477, v. peine accessoire : « peine qui était attachée de plein droit à une condamnation pénale sans avoir à être expressément prononcée (ex. incapacité d'être banquier attachée à une condamnation pour vol) ; type de peine aujourd'hui supprimé (C. pén., a. 132-17) » ; v. égal., A. BEZIZ-AYACHE, « Peines complémentaires », *Rép. pén.*, oct. 2014, n° 7.

⁸⁴⁶ Cass. Crim., 6 avr. 2011, n° 11-90.009, *Bull. crim.* 2011, n° 72. La nature non punitive des interdictions de soumissionner peut être contestée : v. Y. MAYAUD, « De la nature non punitive des interdictions de

au marché en cause en raison d'une condamnation pénale n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition, mais a pour objet d'assurer l'intégrité et la moralité des candidats. Implicitement, il s'agit donc d'une mesure de sûreté et il n'y a pas lieu de procéder au contrôle du respect des principes de nécessité et d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

La Commission européenne, sans distinguer la peine accessoire de la mesure de sûreté⁸⁴⁷, estime elle-même que les déchéances de droit consécutives aux condamnations pénales dans l'Union sont comprises dans une catégorie de sanctions dont l'objectif est avant tout préventif : « *lorsqu'à la suite d'une condamnation pénale, une personne se voit privée de l'exercice de certains droits (par exemple, du droit de travailler avec des mineurs), c'est en général pour prévenir sa récidive* »⁸⁴⁸. L'interdiction de soumissionner aux marchés de l'Union ne serait donc pas une sanction ayant un caractère punitif, mais aurait un rôle prophylactique, destiné à protéger la moralité des soumissionnaires.

423. Concernant l'amendement du Parlement européen, la sanction aurait au contraire le caractère d'une peine prononcée par le juge. L'article 9 de la directive PIF proposée ne précise pas comment les États doivent transposer les sanctions facultatives à l'encontre des personnes morales. Toutefois, une nouvelle peine accessoire serait ici inutile au regard des prescriptions du règlement financier. En outre, l'interdiction insérée dans le règlement financier et la directive sur les marchés publics est une obligation pesant sur les pouvoirs adjudicateurs d'exclure le candidat concerné de la procédure de passation. La directive PIF proposée prévoit quant à elle que les personnes morales sont « *passibles* » d'autres sanctions. L'articulation et la rédaction des textes permettent de penser que l'exclusion des marchés publics relèverait bien d'une décision d'un juge, que ce dernier soit ou non tenu de prononcer la sanction.

soumissionner », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 76, 1^{er} févr. 2012, pp. 58-64. En outre, la jurisprudence de la Cour de cassation s'appuie implicitement sur des décisions antérieures du Conseil constitutionnel difficilement prévisibles : sur le caractère variable, v. A. MARON, M. VERON, « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G*, n° 43, 24 oct. 2011, doct. 1176, para. 6. Pour un approfondissement théorique de la distinction entre mesures prophylactiques et peines accessoires, v. C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, coll. Les fondamentaux, éd. Hachette, 1994, p. 117 rapporté par J.-H. ROBERT, « Un ostracisme non punitif », *Droit pénal*, n° 6, juin 2011, comm. 82. Comp., en faveur des peines accessoires, qualifiées en tant que telles, en matière de corruption, W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avr. 2014, n^{os} 93-97.

⁸⁴⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Les déchéances de droits consécutives aux condamnations pénales dans l'Union européenne*, 21 févr. 2006, COM(2006) 73 final, para. 6.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, para. 1.

Par conséquent, la nature de la sanction prévue par le règlement financier et de celle prévue par l'amendement du Parlement est radicalement différente : la première est une mesure de sûreté, tournée vers la prévention, tandis que la seconde a un caractère punitif. Les deux dispositions peuvent donc cohabiter, comme c'est d'ailleurs le cas en droit français⁸⁴⁹. Cependant, l'intérêt de l'amendement du Parlement n'est toujours pas clair et peut être mieux compris en étudiant les effets des deux sanctions.

424. Le règlement financier prévoit, en cas de condamnation pour corruption, l'interdiction de participer aux procédures de passation des marchés de l'Union. En principe, les marchés en cours ne sont pas concernés et pourront être exécutés. Si la personne morale s'est déjà portée candidate, elle ne pourra pas se voir attribuer le marché⁸⁵⁰. Enfin, si la personne morale se porte tout de même candidate en dissimulant le jugement dont elle a fait l'objet, le pouvoir adjudicateur pourra lui infliger des sanctions administratives et, de manière cumulative ou alternative, des sanctions financières⁸⁵¹.

En droit français, l'effet de l'exclusion des marchés publics est prévu par la loi :

« La peine d'exclusion des marchés publics emporte l'interdiction de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'État ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements »⁸⁵².

Pour le moment, elle ne comprend donc pas les marchés de l'Union, mais elle permet d'apprécier la différence avec l'interdiction de soumissionner du règlement financier. En effet, cette peine restrictive de droits n'est pas susceptible d'exécution forcée, mais son inexécution entraîne des sanctions civiles et pénales⁸⁵³. La première sanction civile est celle de la nullité. Il n'est plus possible de conclure de nouveaux marchés et si la personne condamnée passe outre cette interdiction, elle s'engage dans un contrat illicite, *« lequel devrait être frappé d'une nullité absolue, en raison de l'incapacité particulière du*

⁸⁴⁹ Code pénal, art. 433-25, 2° et art. 131-39, 5° (pour la corruption active publique nationale) ; v. ancienne Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, art. 8, 1° et 35 ; remplacée par Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 45, 1° (exclusion automatique pour cinq ans sauf si une peine d'exclusion des marchés publics prévoit une durée inférieure).

⁸⁵⁰ Ancien règlement 966/2012, article 107 ; règlement 2015/1929, art. 107.

⁸⁵¹ Ancien règlement 966/2012, article 107 (supprimé) ; règlement 2015/1929, art. 6§13.

⁸⁵² Code pénal, art. 131-34.

⁸⁵³ À ce propos, v. X. PIN, « Exclusion des marchés publics », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, avr. 2008, n°s 47-58.

contractant »⁸⁵⁴. La seconde sanction civile est celle de la responsabilité contractuelle. Si le marché est déjà en cours d'exécution lors de la condamnation, il doit être rompu, ce qui « *entraînera la responsabilité contractuelle de la personne exclue du marché, sans qu'elle puisse se retrancher derrière le fait du Prince (Ph. Delebecque [...]) car l'exclusion est la conséquence de son propre comportement* »⁸⁵⁵. Par ailleurs, la personne physique qui viole les obligations qui découlent de l'exclusion de la personne morale est passible d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁸⁵⁶. Si la personne morale est reconnue responsable de la violation, elle encourt les peines prévues à l'article 434-47 du code pénal.

425. Le Parlement européen n'a pas l'intention de substituer la peine d'exclusion des marchés publics aux prescriptions du règlement financier, les deux dispositions ne se recouvrant pas parfaitement et ne poursuivant pas, au moins formellement, le même objectif.

Aussi, le règlement financier peut apparaître comme suffisant pour protéger les marchés publics de l'Union. Premièrement, ses dispositions sont automatiquement applicables et ne dépendent pas d'une décision du juge national. Deuxièmement, elles tiennent compte non seulement des condamnations de la personne morale, mais également de celles touchant ses représentants, tout en ménageant pour ses derniers un moyen de défense qui consiste à établir que des mesures appropriées ont été adoptées. Troisièmement, le système repose sur une base de données centrale et un système d'alerte précoce, et traite de manière équivalente toute condamnation dans l'Union européenne. Il est donc particulièrement efficace. Quatrièmement, les sanctions, autres que l'amende pénale ou non pénale, prévues par l'article 9 de la proposition de directive PIF ne sont pas obligatoires, mais simplement incitatives. Au contraire, le règlement financier s'impose dès lors qu'un jugement de condamnation est passé en force de chose jugée. Enfin, cinquièmement, la peine prononcée par le juge aura moins de portée pour la personne morale condamnée si, lorsque la durée de l'exclusion prend fin, elle reste interdite de soumissionner aux marchés publics.

426. Toutefois, il semble possible de soutenir que les dispositions du règlement financier pourraient être utilement complétées par une peine d'exclusion des marchés

⁸⁵⁴ *Ibid.*, n° 48.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, n° 49.

⁸⁵⁶ Code pénal, art. 434-43.

publics. Tout d'abord, la peine prononcée par le juge ne serait pas soumise aux modifications du droit dérivé. En effet, le règlement financier peut être modifié soit de manière favorable pour la personne morale condamnée, par exemple en autorisant le pouvoir adjudicateur à écarter certaines causes d'exclusion, soit de manière défavorable, par exemple en allongeant la durée de l'exclusion. En outre, l'exclusion des marchés publics est une peine sévère : il n'est plus possible de conclure de nouveaux marchés et les marchés en cours sont immédiatement résiliés. Le juge peut alors prononcer une interdiction temporaire, mais également permanente. Pour certaines personnes morales, quelle que soit la durée de l'exclusion, il s'agit d'une mesure qui aboutit inévitablement à la dissolution⁸⁵⁷. Enfin, la peine prononcée par le juge respecte les principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine alors que la disposition du règlement financier peut être inéquitable. Cette dernière ne tient pas compte de la gravité des faits, en excluant automatiquement des procédures de passation toutes les personnes condamnées pour la même durée, ou de l'objet puisque la personne morale ou la personne physique ont pu être condamnées pour un acte de corruption totalement étranger aux marchés publics.

Si l'amendement du Parlement européen est maintenu dans la future directive, les États membres auront par conséquent tout intérêt à s'interroger sur la transposition de cette nouvelle peine en droit interne qui peut venir utilement compléter le dispositif existant.

427. Plusieurs failles relatives aux exclusions des marchés publics ne sont pas abordées par la proposition de directive. La première faiblesse concerne le caractère relatif des peines d'exclusion prononcées par le juge national : une personne morale condamnée dans un État membre peut toujours participer aux appels d'offres d'un autre État membre. La seconde faille, plus grave car elle concerne tous les marchés publics et toutes les mesures ou peines d'exclusion, concerne la grande facilité avec laquelle les groupes de société peuvent éluder les règles actuelles. En effet, seules les personnes physiques ou morales directement impliquées subissent les interdictions. Par conséquent, il est toujours possible de contourner l'interdiction en participant à l'appel d'offres par le biais d'une autre filiale.

⁸⁵⁷ X. PIN, « Exclusion des marchés publics », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, avr. 2008, n° 3.

L'exploitation de ces failles a été portée à la connaissance des représentants des États membres de l'Union et du Président de la Commission européenne en 2012 par l'association Sherpa⁸⁵⁸. En effet, cette dernière relevait que le groupe français Alstom avait été condamné ou mis en cause dans de nombreux pays pour des faits relevant de la corruption d'agents publics étrangers et certaines filiales exclues des financements de la Banque Mondiale pour 3 ans. Or, le groupe Alstom a semblé peu impacté par ces différentes affaires, le vice-président responsable de la communication d'Alstom allant jusqu'à assurer publiquement, à propos des appels d'offres de la Banque Mondiale : « *nous pouvons toujours y participer par le biais d'autres filiales* »⁸⁵⁹.

En réalité, l'Union européenne ne s'est pas entièrement désintéressée de la problématique relative à l'application territoriale d'une peine d'exclusion des marchés publics des États membres⁸⁶⁰. Toutefois, elle n'a jamais concrétisé la reconnaissance mutuelle des peines d'exclusion des marchés publics et l'établissement, à cette fin, d'un fichier central consultable par toutes les autorités concernées. La directive PIF aurait pourtant été l'occasion de renforcer le cadre actuel.

SECTION II. La suppression des principaux obstacles aux poursuites à la lumière de l'expérience acquise

428. Contenu des directives d'harmonisation du droit pénal. Les directives fondées sur l'article 83§2 TFUE doivent, en principe, permettre d'établir exclusivement « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* ».

⁸⁵⁸ Courrier du 5 juin 2012 de l'association anticorruption Sherpa à la Commission européenne à propos des pratiques commerciales illicites du groupe industriel Alstom. URL : <https://www.asso-sherpa.org/pratiques-illicites-du-groupe-alstom-1-lettre-ouverte-aux-autorites-europeennes>

⁸⁵⁹ R. ETWAREEA, « La Banque mondiale place une filiale suisse d'Alstom sur liste noire », *Le Temps* [En ligne], 23 février 2012, URL : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/f19e449a-5d91-11e1-aa40-50db110c06c1>

⁸⁶⁰ V. not. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Les déchéances de droits consécutives aux condamnations pénales dans l'Union européenne, 21 févr. 2006, COM(2006) 73 final ; Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE C 115 du 4 mai 2010, pp. 1-38, spéc. pp. 12-13 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000, COM(2000) 495 final, p. 7 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres, 19 mai 2005, COM(2005) 195 final, p. 6 ; Livre vert de la Commission européenne, Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final, pp. 21 et s.

Cette limitation « *n'a néanmoins jamais empêché le législateur européen, comme on peut le constater dans l'ensemble des instruments de rapprochement adoptés avant ou après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, d'envisager ces notions de façon très large, comme englobant une série de questions de droit pénal général, qui peuvent se poser à leur sujet : en particulier celles de la tentative, des formes de participation, de la responsabilité des personnes morales, de la récidive ou de la compétence extraterritoriale* »⁸⁶¹. Cette approche « holistique » s'est d'ailleurs développée depuis le traité de Lisbonne vers des mesures préventives et d'accompagnement⁸⁶².

429. La proposition de directive PIF s'inscrit dans une telle dynamique tout en cherchant à tirer profit de l'expérience acquise depuis les premiers instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption. Ainsi, constatant que les États membres affirment rarement leur compétence sur les infractions entièrement commises à l'étranger⁸⁶³, la Commission européenne propose une simplification des règles de compétence, mais réduit les hypothèses de dérogation (I). En outre, cherchant à remédier à l'impunité due à la longueur et à la complexité des investigations, la Commission propose, de manière ambitieuse, une harmonisation des règles de prescription en matière de corruption (II).

I. La simplification des règles de compétence

430. L'efficacité de la répression de la corruption active et passive est en grande partie dépendante des règles de compétence juridictionnelle puisque ces infractions impliquent souvent un élément d'extranéité. Or, la directive proposée réalise un nouvel équilibre en allant au-delà des instruments internationaux en matière de corruption tout en supprimant certaines compétences établies dans le cadre du premier protocole PIF. S'agissant des infractions commises sur le territoire national, elle s'assure que l'utilisation des technologies de l'information et de la communication ne permet pas de faire échec à la compétence des États membres (A). S'agissant des infractions commises à l'étranger, elle impose, sans possibilité de dérogation, la compétence personnelle active au détriment des autres cas de compétence envisageables et exclut certaines conditions d'application

⁸⁶¹ D. FLORE, « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, 2014, pp. 559-569, spéc. p. 561.

⁸⁶² *Idem*.

⁸⁶³ Étude interne, p. 55.

(B). Par certains aspects, ce nouvel équilibre affaiblit excessivement la compétence des États membres qui ne pourront pas poursuivre l'ensemble des comportements prohibés.

A. L'apparente extension de la compétence territoriale

431. Compétence territoriale. L'article 11, paragraphe 1, point a de la directive proposée impose aux États membres de se reconnaître compétents lorsque l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur leur territoire. La compétence territoriale, systématiquement réitérée dans les instruments d'harmonisation pénale, est reconnue par tous les États membres⁸⁶⁴ et ne pose donc aucune difficulté.

432. Extension ? En revanche, les instruments européens étendant la compétence territoriale des tribunaux répressifs sont rares⁸⁶⁵. L'article 11, paragraphe 3 de la directive proposée oblige les États membres à établir leur compétence dans les cas où « une infraction a été commise au moyen de technologies de l'information et de la communication auxquelles l'accès a été obtenu à partir de leur territoire ». Comme souvent lorsque l'expression est employée⁸⁶⁶, il n'est donné aucune définition des technologies de l'information et de la communication. Cette « nébuleuse aux contours incertains »⁸⁶⁷ devrait, par exemple, couvrir l'utilisation d'Internet, des courriels, de la visioconférence ou du téléphone.

La directive proposée ne tient pas compte de la nationalité de l'auteur de l'infraction ou de celle de la victime et s'appuie uniquement sur le lieu où l'accès aux moyens technologiques a pu être obtenu. Ainsi, en matière de corruption, si une proposition ou une sollicitation est réalisée à l'aide d'un téléphone ou d'un courriel auquel l'accès a été

⁸⁶⁴ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 289-295, spéc. p. 292.

⁸⁶⁵ V., par ex., Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, art. 9, *JOUE*, L 164 du 22 juin 2002, pp. 3-7.

⁸⁶⁶ Par ex., v. Livre blanc de la Commission européenne, Moderniser la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans l'UE – Vers l'avenir, 3 juill. 2009, COM(2009) 324 final ; Communication de la Commission, EUROPE 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, 3 mars 2010, COM(2010) 2020 final, p. 8.

⁸⁶⁷ À propos des nouvelles technologies, l'expression doit être attribuée à : L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Rapport de synthèse », *Procédures*, avr. 2010, dossier 8, pp. 40-45, spéc. para. 3 ; à ce propos, v. S. AMRANI MEKKI, « Ouverture », in *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle*, Actes du colloque organisée du 13 au 15 octobre 2011 à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic, coll. Grands Colloque, éd. LGDJ, 2013, pp. 33-34.

obtenu à partir du territoire d'un État membre, ce dernier doit affirmer sa compétence. La même solution devrait être retenue si, par exemple, le corrupteur se connecte depuis le territoire de cet État membre à son compte bancaire pour transférer des fonds au corrompu. La domiciliation de la banque, le lieu où sont installés les serveurs ou encore le lieu où se trouve le destinataire ne devraient pas permettre d'écarter la compétence territoriale. La directive proposée s'assure ainsi qu'au moins un État membre pourra affirmer sa compétence lorsque l'infraction semble réalisée simultanément dans plusieurs pays à l'aide des nouveaux moyens de communication. Il est donc possible d'y voir une extension de la compétence territoriale à ces situations complexes.

Néanmoins, la même solution aurait, en principe, été obtenue en appliquant simplement la compétence territoriale puisqu'ici l'infraction a été au moins partiellement réalisée sur le territoire de l'État membre en cause. Cette interprétation semble implicitement retenue par le Conseil qui a préféré insérer cette disposition dans le préambule de la future directive PIF⁸⁶⁸. Il ne s'agirait alors pas d'une extension du principe de la territorialité, mais d'une simple clarification.

B. L'établissement d'un nouvel équilibre

433. De nombreuses hypothèses visées par la convention PIF et ses protocoles ont été sciemment supprimées (1). En revanche, lorsque l'infraction est entièrement commise à l'étranger, la directive proposée impose aux États membres d'établir leur compétence si les auteurs sont également leurs ressortissants et interdit de poser certaines conditions aux poursuites (2).

1. La suppression des compétences liées à la qualité de fonctionnaire

434. Afin de s'assurer que les infractions impliquant un fonctionnaire communautaire ou le fonctionnaire d'un État membre puissent faire l'objet de poursuites, le premier protocole et la convention de Bruxelles ont prévu trois hypothèses spécifiques dans lesquelles les États membres doivent affirmer leur compétence⁸⁶⁹. La première hypothèse

⁸⁶⁸ Note du Conseil JAI, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH*, Annexe, 10 juin 2013, Doc. 10729/13, Préambule, cons. 18.

⁸⁶⁹ V. *supra*, n^{os} 135. et s.

concerne la situation où l'auteur de l'infraction est le fonctionnaire d'un État membre indépendamment de sa nationalité (compétence personnelle active étendue). La deuxième hypothèse vise tous les fonctionnaires communautaires qui sont rattachés à une institution des Communautés, ou à un organisme créé conformément aux traités instituant les Communautés européennes, qui a son siège dans l'État membre concerné (compétence personnelle active étendue sous condition). La troisième hypothèse vise la nationalité du fonctionnaire national ou communautaire (ou assimilé) « victime » de l'infraction (compétence personnelle passive restreinte). La directive proposée supprime entièrement ces trois hypothèses.

Leur utilité est de couvrir des situations qui risquent d'échapper à toute compétence. Le premier cas couvre les situations exceptionnelles où le fonctionnaire d'un État membre est un ressortissant étranger. Dans le deuxième cas, le rapport explicatif du premier protocole souligne : « *le critère du siège est utile dans des situations exceptionnelles non régies par d'autres règles de compétence, notamment le cas où une infraction est commise hors du territoire de la Communauté par un fonctionnaire communautaire qui n'est pas ressortissant d'un État membre* »⁸⁷⁰. Dans le troisième cas, il s'agit d'enjoindre aux États membres de se reconnaître compétents lorsqu'un fait de corruption active a été commis à l'étranger par des personnes qui ne sont pas ressortissants de l'État membre concerné⁸⁷¹.

435. La suppression des trois hypothèses évoquées ci-dessus est paradoxale puisque la directive proposée étend la définition de l'agent public aux personnes exerçant une fonction de service public dans un pays tiers et investies d'un mandat législatif, administratif ou judiciaire ainsi qu'aux personnes exerçant une fonction de service public pour l'Union ou dans un État membre ou un pays tiers qui n'est pas investie d'un tel mandat et qui participe à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou aux décisions relatives à ceux-ci⁸⁷². Les situations qui risquent d'échapper à la compétence des États membres sont donc non seulement maintenues, mais sont également multipliées, notamment lorsque l'agent public est rattaché à un pays tiers : il est probable que la corruption passive sera alors commise hors des frontières de l'Union par un non ressortissant.

⁸⁷⁰ Rapport explicatif du Conseil sur le protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvé le 19 décembre 1997, *JOCE* C 11 du 15 janv. 1998, pp. 5-12, spéc. p. 11.

⁸⁷¹ *Idem.*

⁸⁷² V. *supra*, n° 314.

La Commission ne fournit pas d'explication dans ses études internes et externes. La raison principale réside peut-être dans la difficulté, sur le plan diplomatique, à poursuivre les agents publics des États étrangers. En matière de corruption, cet obstacle a abouti à ne pas incriminer la corruption passive d'un agent public étranger⁸⁷³, ou à la rendre facultative⁸⁷⁴ ou encore à rendre facultatives l'établissement des compétences autres que territoriales⁸⁷⁵. Dans le cadre du premier protocole, de nombreux États membres ont ainsi émis des réserves⁸⁷⁶. De ce point de vue, la directive proposée tient compte de la nouvelle définition de l'agent public et des situations délicates qui pourraient se multiplier.

436. Dans l'exposé relatif à la proposition de directive, la Commission explique le mécanisme adopté : *« étant donné que la présente directive n'autorise pas les États membres à engager des poursuites dans les cas de fraude ne relevant pas de leur compétence, les États membres et la Commission partageront avec les pays tiers concernés les éléments de preuve relatifs aux actes frauduleux commis par des non-ressortissants de l'Union en dehors du territoire de celle-ci et coopéreront afin qu'une action en justice soit menée par les autorités compétentes de ces pays »*⁸⁷⁷. Ce raisonnement peut être étendu à toutes les infractions visées par la future directive PIF. En effet, si les États membres s'en tiennent strictement aux prescriptions de l'article 11, ils devront se prêter à la coopération judiciaire classique chaque fois que l'infraction n'est pas commise sur leur territoire ou par l'un de leurs ressortissants⁸⁷⁸. L'explication de la Commission est ambiguë, car elle laisse penser que les États membres ont l'interdiction d'établir leur compétence dans les cas non prévus par la directive. En réalité, s'ils le souhaitent, les États membres devraient pouvoir se reconnaître compétents dans d'autres hypothèses pour trois raisons. La première consiste dans l'absence de toute disposition contraignante dans la directive même. Il n'existe pas non plus d'éléments dans les travaux législatifs permettant d'interpréter la directive en ce sens. La deuxième, liée à la première, est que la directive d'harmonisation pénale a pour rôle de fixer les éléments minimaux

⁸⁷³ La convention de l'OCDE ne vise que la corruption active des agents publics étrangers.

⁸⁷⁴ L'article 16, paragraphe 2 de la convention ONU impose uniquement d'envisager l'adoption de la corruption passive d'un agent public étranger ou d'un fonctionnaire d'une organisation internationale publique.

⁸⁷⁵ Convention ONU, art. 42§2 ; convention de l'OCDE, art. 4§2 (principe d'assimilation) ; Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, art. 17§1 et 2 (par le biais de réserves).

⁸⁷⁶ Toutes les réserves sont publiées sur le site officiel du Conseil de l'UE. URL : <http://www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=1996054>

⁸⁷⁷ Nous soulignons. COM(2012) 363 final, p. 11.

⁸⁷⁸ V. *infra*, n° 438.

d'harmonisation⁸⁷⁹. À défaut d'une disposition contraire, les États membres devraient donc pouvoir aller au-delà de leurs obligations internationales. Il est difficile d'interpréter le silence de la directive comme obligeant un État membre à ne plus se reconnaître compétent par exemple dans le cas où la victime est l'un de ses ressortissants. La troisième raison réside dans la cohérence avec les autres instruments internationaux : une disposition restrictive irait à l'encontre de toutes les obligations posées par les traités relatifs à la répression de la corruption, y compris celles de la convention de Bruxelles toujours en vigueur. Aussi, l'explication fournie par la Commission devrait être interprétée comme constatant simplement que l'article 11 de la directive PIF ne permet pas de couvrir toutes les situations incriminées. Pour toutes les infractions commises hors de l'Union par un non ressortissant, la coopération internationale est privilégiée, mais il n'y a pas d'interdiction d'établir des règles de compétence supplémentaires en droit interne.

437. La directive proposée cherche à contrebalancer la suppression des compétences liées la qualité de fonctionnaire national ou communautaire en rendant obligatoire la compétence personnelle active et en refusant l'établissement de conditions qui pourraient faire échec à son application.

2. L'adoption d'une compétence personnelle active obligatoire

438. L'article 11, paragraphe 1 point b de la directive proposée impose aux États membres de se reconnaître compétents lorsque l'auteur de l'infraction est l'un de leurs ressortissants. Traditionnellement, la compétence personnelle active, fondée sur la nationalité, est prévue de manière facultative et, dans la plupart des cas, les signataires peuvent *a minima* poser des conditions d'application comme l'exigence d'une double incrimination⁸⁸⁰. Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union européenne multiplie les directives où elle rend cette compétence obligatoire⁸⁸¹. Les

⁸⁷⁹ TFUE (Lisbonne), art. 83§2 : « *Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné* ».

⁸⁸⁰ V., par ex., D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 289-295, spéc. p. 292.

⁸⁸¹ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, art. 10§2, point b, JOUE L 173 du 12 juin 2014, pp. 179-189 ;

infractions de corruption active et passive dans le cadre des intérêts financiers de l'Union bénéficient de cette dynamique puisque la directive PIF pourrait être le premier instrument à imposer une telle compétence en matière de corruption. Cette évolution mettrait fin aux positions radicalement différentes des États membres : la Grèce a explicitement annoncé qu'elle s'estimerait compétente même si l'État étranger ne remplissait pas la condition de double incrimination⁸⁸² alors que le Royaume-Uni a préféré ne pas s'engager à établir sa compétence lorsque l'un de ses ressortissants a commis une infraction de corruption à l'étranger⁸⁸³.

439. Non seulement la directive proposée impose l'adoption d'une compétence personnelle active, mais elle interdit également d'y apporter des restrictions. En effet, la principale condition posée par les États membres, qui consiste à exiger que le comportement incriminé soit aussi prohibé là où le délinquant a commis les faits reprochés, n'a plus lieu d'être au sein de l'Union européenne : tous les États membres incriminent la corruption active et passive et le contrôle de la double incrimination pour les infractions de corruption est exclue, sous certaines conditions, dans le cadre du mandat d'arrêt européen⁸⁸⁴. L'interdiction de poser une condition de double incrimination constitue donc un progrès essentiellement formel puisqu'au sein de l'Union, la condition devrait être systématiquement remplie. De nombreux États membres devront adapter leur législation pour tenir compte de cette réalité.

Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, art. 12§1, point b, *JOUE* L 218 du 14 août 2013, pp. 8-14 ; Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, art. 10§1, point b, *JOUE* L 101 du 15 avr. 2011, pp. 1-11 ; Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, art. 8§1, point b, *JOUE* L 151 du 21 mai 2014, pp. 1-8 ; Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, art. 17§1, point b, *JOUE* L 335 du 17 déc. 2011, pp. 1-14.

⁸⁸² Déclaration de la Grèce à la convention de Bruxelles : <http://www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/agreements-conventions/ratification/?v=decl&aid=1997079&pid=GR>

⁸⁸³ Déclaration du Royaume-Uni à la convention de Bruxelles : <http://www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/agreements-conventions/ratification/?v=decl&aid=1997079&pid=GB>

⁸⁸⁴ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 2§2, *JOCE* L 190 du 18 juill. 2002, pp. 1-18.

De manière cohérente, la directive proposée n'a pas maintenu l'hypothèse de la « représentation »⁸⁸⁵, où l'État qui refuse d'extrader la personne suspectée, notamment en raison du fait qu'elle est l'un de ses ressortissants, doit affirmer sa compétence.

440. Une autre restriction est expressément interdite par la directive proposée : dans les cas couverts par la compétence personnelle active, les États membres « *prennent les mesures nécessaires pour s'assurer que l'établissement de leur compétence n'est pas subordonné à la condition que les poursuites ne puissent être engagées qu'à la suite d'une déclaration de la victime faite sur le lieu de l'infraction ou d'une dénonciation émanant de l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise* »⁸⁸⁶. Au regard des réserves établies dans le cadre du premier protocole, la disposition vise essentiellement le droit positif français⁸⁸⁷. L'idée sous-jacente de cette condition est qu'en l'absence d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle de l'État étranger, la poursuite de l'infraction est probablement inutile au regard des difficultés à réunir tous les éléments de preuve. Toutefois, la suppression de cette condition semble pertinente au sein d'un espace fondé sur la reconnaissance mutuelle et où la collaboration des États membres est de plus en plus étroite et est appuyée par des organismes supranationaux.

441. Il résulte de ce qui précède que l'article 11 de la directive proposée constitue un progrès nécessaire, mais modeste. Il est vrai que si l'on tient compte de l'harmonisation du droit pénal des États membres, « *ce n'est pas au sein de l'Union européenne que les verrous procéduraux doivent céder pour lutter de façon optimale contre la corruption internationale* »⁸⁸⁸.

Toutefois, l'objectif principal des conventions relatives à la corruption dans le secteur public adoptées sous le traité de Maastricht était de s'assurer que les fonctionnaires des États membres, mais également communautaires ne puissent pas échapper aux poursuites.

⁸⁸⁵ D. FLORE, *op. cit.*, spéc. p. 294.

⁸⁸⁶ Nous soulignons.

⁸⁸⁷ La France est le seul pays à avoir émis une réserve en ce sens. Toutefois, la France n'a pas émis de réserve similaire dans le cadre de la convention pénale du Conseil de l'Europe, qu'elle a ratifiée, et devrait donc déjà avoir supprimé cette condition ; v. Rapport d'évaluation du GRECO sur la France, 3^{ème} cycle, thème 1, 19 févr. 2009, p. 29. Le projet de loi dit Sapin 2 (« Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ») propose, à son article 12, de supprimer cette condition, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3623.asp>. La Belgique connaissait des conditions identiques qui ont été supprimées par une loi du 11 mai 2007 ; v. Rapport d'évaluation du GRECO sur la Belgique, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, note 25.

⁸⁸⁸ F. STASIAK, « Les règles de forme du délit de corruption (ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ?) », in *Mélanges Jacques-Henri Robert*, éd. Montchrestien, Paris, 1998, pp. 737-751, spéc. p. 749.

S'il est possible de concevoir la difficulté pratique et diplomatique de poursuivre l'agent public d'un pays tiers, il ne semble pas difficile d'établir la légitimité d'un État membre à poursuivre l'un de ses fonctionnaires ou un fonctionnaire de l'Union quelle que soit sa nationalité. La simplification opérée par la directive proposée est donc excessive.

442. Le Parlement européen a par conséquent adopté un amendement étendant la compétence personnelle active afin d'essayer de limiter les faiblesses du nouveau mécanisme. Il a tout d'abord proposé de l'étendre aux résidents. Cette compétence a déjà été adoptée dans d'autres directives et décisions-cadre de l'Union, de manière obligatoire⁸⁸⁹ ou facultative⁸⁹⁰, mais jamais dans un instrument relatif à la corruption : la majorité des États membres devront donc modifier leur droit positif. Cette compétence est à la fois très large puisqu'elle ne se réduit pas aux fonctionnaires nationaux, et insuffisante dans le cas marginal où le fonctionnaire ne réside pas en France. Les lacunes résultant de la directive proposée sont donc partiellement comblées.

L'amendement précité crée également une nouvelle compétence pour couvrir les cas où l'auteur de l'infraction est soumis au statut des fonctionnaires de l'Union ou y était soumis lorsque l'infraction a été commise : *« l'amendement proposé au paragraphe 1, point b), vise à étendre le champ d'application de la directive. L'introduction au paragraphe 1, point c), d'une troisième catégorie d'auteurs d'infractions répond à l'expérience pratique acquise par l'OLAF : les fonctionnaires n'ayant pas la nationalité d'un État membre de l'Union européenne et n'exerçant pas leur activité sur le territoire de l'Union (présents dans les délégations) devraient relever des juridictions dans lesquelles s'exerce la protection des intérêts financiers »*⁸⁹¹. Cette nouvelle extension n'est pas une reprise exacte des prévisions du premier protocole. En effet, ce dernier donne une définition large du fonctionnaire communautaire et ne s'applique que dans

⁸⁸⁹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, art. 9, JOUE, L 164 du 22 juin 2002, pp. 3-7.

⁸⁹⁰ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, art. 10, JOUE L 173 du 12 juin 2014, pp. 179-189 ; Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, art. 10, JOUE L 101 du 15 av. 2011, pp. 1-11 ; Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, art. 17, JOUE L 335 du 17 déc. 2011, pp. 1-14.

⁸⁹¹ Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 25 mars 2014, A7-0251/2014, 2012/0193(COD), amendement 34, p. 23.

l'hypothèse où l'institution ou l'organisme auquel ce fonctionnaire est rattaché a son siège dans l'État membre concerné. Au contraire, l'amendement du Parlement européen ne vise que les personnes soumises au statut des fonctionnaires de l'Union (ou qui y étaient soumises lorsque l'infraction a été commise), mais tous les États membres seront compétents pour poursuivre.

443. Même si l'amendement du Parlement européen est adopté, les cas de compétence envisagés s'avèrent insuffisants pour poursuivre tous les auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Les failles déjà présentes persisteront⁸⁹². L'absence de compétence à l'encontre des agents publics des pays tiers ne permet pas non plus de couvrir de manière satisfaisante les lacunes déjà rencontrées : l'OLAF a ainsi rapporté une affaire où l'auteur d'une corruption passive a pu échapper à toute poursuite en raison de sa qualité de fonctionnaire d'un pays tiers⁸⁹³. Quant à la compétence personnelle passive, elle a entièrement été abandonnée, alors qu'elle peut s'avérer utile, voire dissuasive, dans les cas déjà évoqués⁸⁹⁴.

L'article 11 de la directive proposée aura donc une portée incertaine compte tenu des autres engagements internationaux des États membres. Ces derniers devront *a minima* s'assurer qu'ils sont compétents pour poursuivre leurs ressortissants qui auraient commis à l'étranger une infraction visée par la directive PIF, sans condition de réciprocité d'incrimination ou de plainte préalable de la victime ou encore de dénonciation officielle de l'État étranger. Concernant les fonctionnaires des États membres ou de l'Union européenne, la disposition étudiée ici est l'un des meilleurs exemples de la difficulté à articuler une nouvelle directive en matière de corruption restreinte à la protection des intérêts financiers, tandis que la convention de Bruxelles du 26 mai 1997, dont le champ d'application est plus large et qui contient les mêmes dispositions que le premier protocole en matière de compétence, continue d'être en vigueur. Il sera impossible pour les États membres d'adopter uniquement les compétences prévues par la directive PIF, sans se mettre en contravention avec la convention de Bruxelles s'ils n'ont pas émis de réserve. Il reste possible de créer un régime spécial qui aboutirait paradoxalement à une compétence plus large des États membres lorsque la corruption ne porte pas atteinte ou n'est pas susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

⁸⁹² Voir *supra*, n^{os} 135. et s.

⁸⁹³ Étude interne, p. 17.

⁸⁹⁴ V. *supra*, n^{os} 434. -435.

II. L'harmonisation des règles de prescription en matière pénale

444. Jusqu'à présent, les traités internationaux relatifs à la corruption ont soumis leurs signataires à des obligations faibles concernant la prescription en matière pénale. La convention de l'OCDE⁸⁹⁵ et la convention de Mérida⁸⁹⁶ ont abordé la problématique, mais elles comprennent des dispositions très larges et, en l'absence de contrôle juridictionnel *ad hoc*, elles ne permettent pas d'assurer une évolution satisfaisante des droits internes. Les conventions de l'Union européenne et la convention pénale du Conseil de l'Europe ne prévoient aucune disposition à ce sujet. Aussi, l'article 12 de la proposition de directive PIF, qui cherche à harmoniser certaines règles relatives à la prescription de l'action publique et des peines, pourrait constituer l'un des principaux apports de cet instrument.

445. Malgré l'absence ou la faiblesse des dispositions adoptées à l'échelle internationale, l'impunité résultant de l'écoulement du temps a été l'une des préoccupations centrales des examinateurs chargés de suivre la mise en œuvre des traités. Le GRECO, qui ne dispose pourtant d'aucun fondement sur ce sujet dans la convention pénale du Conseil de l'Europe, a ainsi décidé d'inclure les enjeux de la prescription dans ses examens du 3^{ème} cycle⁸⁹⁷. En effet, la prescription reste vue comme un obstacle majeur de la poursuite des infractions de corruption, car les règles doivent généralement être adaptées à cette infraction particulière⁸⁹⁸, notamment lorsque les faits sont complexes ou transnationaux. Or, le groupe de travail de l'OCDE, le GRECO et plus récemment les examinateurs de la convention de Mérida, ont mis en exergue l'existence de carences préjudiciables à la lutte contre la corruption dans plusieurs États membres.

446. **Exclusions.** À titre liminaire, il convient de rappeler que la prescription de l'action publique n'existe pas dans le droit positif du Royaume-Uni et de l'Irlande, même

⁸⁹⁵ Convention de l'OCDE, art. 6 : « *Le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger devra ménager un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction* ».

⁸⁹⁶ Convention ONU, art. 29 : « *Lorsqu'il y a lieu, chaque État Partie fixe, dans le cadre de son droit interne, un long délai de prescription dans lequel des poursuites peuvent être engagées du chef d'une des infractions établies conformément à la présente Convention et fixe un délai plus long ou suspend la prescription lorsque l'auteur présumé de l'infraction s'est soustrait à la justice* ».

⁸⁹⁷ R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, pp. 66 et s.

⁸⁹⁸ V. *infra*, n° 450.

si le passage du temps n'est pas sans effet⁸⁹⁹. De même, le concept de prescription est inconnu en droit chypriote⁹⁰⁰. Ces pays ne sont donc, par définition, pas concernés par l'article 12 de la directive proposée.

Les règles de prescription en matière civile, administrative ou disciplinaire exercent également une influence sur l'effectivité de la lutte contre la corruption. Par exemple, en raison de l'expiration du délai de prescription, un juge lithuanien a échappé à toute sanction disciplinaire alors qu'il était suspecté d'avoir arbitrairement classé une affaire, très médiatique, portant sur le détournement de 2,6 millions de dollars⁹⁰¹. La directive PIF proposée visant uniquement la lutte contre la corruption au moyen du droit pénal, les règles de prescription précitées ne seront pas étudiées ici.

De nombreux aspects du régime de la prescription seront certainement retenus par la future directive PIF tels que le point de départ de la prescription de l'action publique, sa durée et ses modulations (interruption⁹⁰² et suspension⁹⁰³). Néanmoins, la proposition vise également le délai de prescription pour l'exécution des sanctions infligées à la suite d'une condamnation définitive. Or, les motifs ayant conduit à proposer l'harmonisation de ce dernier point ne sont pas clairs. En effet, aucune affaire spécifique et aucun obstacle théorique n'ont été particulièrement mis en exergue. Les rapports rendus dans le cadre des autres instruments internationaux se sont uniquement préoccupés de la prescription de l'action publique. Le rapport de TI rappelle que le délai joue lorsque la condamnation est suspendue ou n'est pas appliquée, par exemple en raison d'une négligence, mais qu'en pratique, il est extrêmement rare qu'une telle prescription soit soulevée. Ce dernier rapport a par conséquent exclu la prescription de la peine de son analyse⁹⁰⁴. La Commission ne

⁸⁹⁹ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 15 ; R. MACAULEY, *op. cit.*, para. 60.

⁹⁰⁰ Rapport d'évaluation du GRECO sur Chypre, 3^{ème} cycle, thème 1, 1^{er} avr. 2011, para. 110.

⁹⁰¹ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 9.

⁹⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 477, v. Interruption : « Arrêt du cours de la prescription pour des causes déterminées par la loi (ex. par assignation) qui efface rétroactivement le délai écoulé avant le fait interruptif de sorte que si, après ce fait, la prescription recommence le délai antérieur ne compte plus ».

⁹⁰³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 477, v. Suspension : « Arrêt temporaire du cours de la prescription en faveur de certaines personnes (mineurs, majeurs en tutelle) ou entre certaines personnes (entre époux) ou pour diverses causes déterminées par la loi (C. civ., a. 2234 s.) qui, à la différence de l'interruption, n'en anéantit pas les effets accomplis (not. le temps déjà couru) et se traduit par un allongement du délai correspondant au temps de suspension ».

⁹⁰⁴ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 18.

disposait *a priori* d'aucune donnée spécifique sur le sujet lorsqu'elle a préparé sa proposition. Il convient donc de mentionner cette dernière uniquement en raison de son maintien par le Parlement européen et le Conseil. L'orientation générale du Conseil y a d'ailleurs apporté plusieurs modifications : elle a réduit les obligations des États membres aux situations où une condamnation de plus d'une année d'emprisonnement ou, à titre subsidiaire, une peine d'emprisonnement consécutive à une infraction grave, a été prononcée. Le délai de prescription de cinq ans à compter de la condamnation définitive paraît faire l'unanimité et celui-ci pourra, de manière facultative, faire l'objet de prorogation en raison de son interruption ou de sa suspension. Aucune particularité liée à la corruption n'étant rapportée, et aucune nécessité d'harmonisation n'étant démontrée ni même avancée, le principe de subsidiarité aurait logiquement dû conduire les institutions européennes à laisser les États membres régir cette question. Cette disposition n'ayant rien d'indissociable, elle ne fera donc l'objet d'aucune analyse dans la suite de l'étude.

447. L'expérience accumulée depuis l'adoption du premier protocole permet de mieux appréhender la motivation de l'Union européenne à harmoniser les règles de prescription de l'action publique. La diversité des droits positifs européens, et les nombreuses faiblesses constatées vis-à-vis de la poursuite des infractions de corruption, rendent particulièrement complexe l'entreprise d'harmonisation (A). L'objectif est de parvenir à un régime commun minimum et adapté aux particularités des affaires de corruption. Il n'est cependant pas certain que les versions proposées par la Commission ou par le Conseil permettent d'atteindre un compromis efficace (B).

A. L'identification des faiblesses conduisant à l'impunité de la corruption

448. L'attention portée à la prescription de l'action publique a largement été renouvelée par la multiplication des affaires de corruption closes par son effet. Le risque d'impunité découlant de règles de prescription inadaptées a, par exemple, été manifeste dans l'affaire italienne *Tangentopoli*⁹⁰⁵, série d'investigations judiciaires à Milan au début des années 1990 impliquant des hommes d'affaires, des politiciens et des agents publics (dont des ministres et des membres du Parlement). En effet, après l'audition préliminaire, 314 personnes sur 635 ont été relaxées en raison de l'expiration de la prescription. Après

⁹⁰⁵ Littéralement, la « cité des pots-de-vin ».

le procès, 40 % des cas ont été clos dont plus de la moitié en raison de la prescription et non à cause du volume d'affaires à traiter⁹⁰⁶.

449. D'une manière générale, trois faiblesses dans le droit positif des États membres sont susceptibles de faire obstacle aux poursuites en matière de corruption : les délais de prescription sont souvent trop courts, l'appel conduit parfois à l'impunité et la prescription n'est pas toujours interrompue lors d'une demande de levée d'immunité ou d'une demande d'entraide judiciaire internationale. Chacune de ces faiblesses doit être examinée afin d'appréhender la difficulté d'une intervention de l'Union européenne.

450. En premier lieu, le régime général de prescription de l'action publique n'est souvent pas adapté à la répression des infractions de corruption. Non seulement la corruption est une infraction difficile à détecter⁹⁰⁷, mais elle nécessite souvent la conduite d'investigations longues, complexes et incertaines. Ainsi, les investigations de l'Office européen de Lutte antifraude durent elles-mêmes « souvent 2 à 3 ans avant que la justice criminelle s'active »⁹⁰⁸. Dès lors que l'affaire a une dimension transnationale, la coopération judiciaire suppose également un allongement sensible des délais. Aux délais intrinsèquement longs attachés à la poursuite de la corruption, s'ajoutent souvent des considérations pratiques comme un manque de ressources humaines ou de qualification des enquêteurs⁹⁰⁹. Aussi, les groupes de suivi internationaux (OCDE, GRECO, ONU) ont progressivement estimé que tout délai de prescription inférieur à cinq ans n'est pas adéquat pour poursuivre les infractions de corruption⁹¹⁰. La même exigence a été reprise par Transparency International qui estime cependant qu'un délai minimum de dix ans doit être prévu pour les affaires les plus graves⁹¹¹.

⁹⁰⁶ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 8.

⁹⁰⁷ Rapport de l'OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, éd. OCDE, 2014, pp. 15-18.

⁹⁰⁸ Étude interne, pp. 23-24.

⁹⁰⁹ À propos de l'ineffectivité des processus répressifs européens, v. *infra*, n^{os} 577. et s.

⁹¹⁰ Par ex., la Hongrie a allongé son délai de prescription de trois à cinq ans, par une loi du 18 novembre 2011, afin de tenir compte des recommandations du groupe de travail sur la corruption de l'OCDE ; v. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Hongrie, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Hongrie de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, para. 61. Le délai de prescription français de trois ans a également été jugé insuffisant par le GRECO, malgré la jurisprudence assouplissant son régime ; v. Rapport d'évaluation du GRECO sur la France, 3^{ème} cycle, thème 1, 19 févr. 2009, para. 95.

⁹¹¹ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 12.

Or, la diversité des régimes juridiques rend difficile l'émission d'une recommandation unique concernant la durée de la prescription. D'une manière générale, soit les États ont décidé de consacrer une longue période de prescription, mais peu de causes de suspension ou d'interruption, soit ils ont prévu, à l'inverse, une période de prescription assez courte et de multiples motifs de suspension ou d'interruption⁹¹². De surcroît, les méthodes de calcul varient. Dans la majorité des États membres, la prescription de l'action publique dépend de la gravité de l'infraction et s'apprécie au regard de la peine privative de liberté maximale encourue⁹¹³. Une autre méthode consiste à calculer la prescription selon la catégorie d'infraction⁹¹⁴. Toute recommandation devra donc nécessairement tenir compte de ces divergences.

451. En deuxième lieu, plusieurs affaires ont connu un retentissement médiatique important, car le prévenu avait été condamné en première instance, mais avait pu bénéficier de la prescription par le simple jeu de l'appel ou du pourvoi en cassation. Si dans la majorité des États membres la prescription court jusqu'au jugement de première instance, certains États continuent de faire courir la prescription jusqu'à ce que le jugement soit passé en force de chose jugée. Ainsi, en Grèce ou en Italie, la période de prescription absolue fait courir le risque d'une relaxe devant la cour d'appel ou la Cour de cassation⁹¹⁵.

452. En troisième lieu, certains pays ne prévoient aucune interruption ou suspension lors d'une demande de levée d'immunité ou à la suite d'une demande d'entraide judiciaire internationale⁹¹⁶.

⁹¹² *Ibid.*, p. 19.

⁹¹³ Par ex., v. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Autriche, *Rapport sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre des transactions commerciales internationales*, Phase 2, 16 févr. 2006, para. 124.

⁹¹⁴ Par ex., v. Rapport d'évaluation du GRECO sur la Belgique, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, para. 86.

⁹¹⁵ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 3. Pour l'Italie, v. « Prescription pour Berlusconi, accusé de corruption dans l'affaire Mills », *Le Figaro* [En ligne], 25 févr. 2012, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2012/02/25/97001-20120225FILWWW00342-proces-mills-prescription-pour-berlusconi.php> ; « Corruption: prescription pour David Mills, un ex-avocat de Berlusconi », *Le Parisien* [En ligne], 25 févr. 2010, URL : <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-monde/corruption-prescription-pour-david-mills-un-ex-avocat-de-berlusconi-25-02-2010-828883.php>

⁹¹⁶ Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 34.

453. Les nombreuses affaires closes en raison de la prescription démontrent l'intérêt d'une intervention de l'Union européenne en la matière. Néanmoins, les carences des États membres doivent souvent être appréciées de manière casuistique puisque le jeu de la prescription dans certaines affaires ne remet pas en cause *ipso facto* la pertinence des règles existantes⁹¹⁷. Du fait de la diversité des droits positifs, le législateur européen est donc contraint de se livrer à un exercice d'équilibriste.

B. La difficulté à dégager un compromis efficace pour l'extinction des poursuites

454. Dans sa position de 1^{ère} lecture, le Parlement européen a approuvé l'article 12 soumis par la Commission. En revanche, au sein du Conseil, de nombreux États membres ont jugé que le texte était trop contraignant. Une version plus souple a donc été adoptée dans l'orientation générale.

⁹¹⁷ Il est indispensable d'établir que ces dernières sont intrinsèquement inadaptées aux infractions visées, de telle sorte qu'elles seront amenées à jouer trop fréquemment.

Article 12 de la directive PIF proposée

Les dispositions relatives à la prescription de la sanction n'ont pas été reproduites.

Commission <i>Proposition de directive PIF (art. 12)</i>	Conseil <i>Orientation générale</i>
<p>Les États membres prévoient un délai de prescription d'une durée d'au moins cinq années à compter de la date à laquelle l'infraction a été commise, pendant laquelle l'enquête, les poursuites, le jugement et la décision judiciaire sur les infractions visées au titre II et à l'article 5 restent possibles. Les États membres veillent à ce que la prescription puisse être interrompue et qu'un nouveau délai commence à courir à la suite de tout acte d'une autorité nationale compétente, y compris le lancement effectif d'une enquête ou de poursuites, jusqu'à au moins dix ans à compter de la date à laquelle l'infraction a été commise.</p>	<p>Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que l'enquête, les poursuites, le jugement et la décision judiciaire sur les infractions pénales visées aux articles 3, 4 et 5 puissent avoir lieu pendant une période suffisamment longue après que ces infractions ont été commises, afin qu'il soit possible de lutter contre ces infractions de façon efficace.</p> <p>En cas d'infraction grave, les États membres veillent à ce que le délai de prescription soit d'au moins cinq ans à compter de la date à laquelle l'infraction a été commise.</p> <p>Les États membres peuvent prévoir un délai de prescription inférieur à cinq ans pour les infractions graves, à condition de faire en sorte que ce délai puisse être interrompu ou suspendu par certains actes spécifiques.</p>

455. La proposition de la Commission tient compte des standards internationaux progressivement dégagés en exigeant un délai de prescription minimal de cinq ans à compter de la commission de l'infraction. En outre, tout acte d'une autorité nationale compétente, y compris le lancement d'une enquête ou de poursuites, doit avoir un effet interruptif de prescription jusqu'à au moins dix ans après la commission des faits. Le deuxième alinéa est rédigé de manière ambiguë puisqu'il laisse penser que tous les États membres ont l'obligation de prévoir ces actes interruptifs. En réalité, si un État membre prévoit un délai de prescription de dix ans, sans motifs d'interruption, il devrait également

être considéré comme conforme aux exigences de l'article 12. En revanche, les États qui connaissent des délais de prescription absolus ne pourront pas se contenter de les repousser à dix ans : les actes interruptifs devront couvrir « *tout acte d'une autorité nationale compétente* ».

À l'inverse, l'orientation générale du Conseil revient à des engagements généraux et n'appréhende que les cas les plus graves, qui eux-mêmes peuvent faire l'objet d'une dérogation. La souplesse du texte résulte des nombreuses craintes exprimées par les délégations⁹¹⁸ et de la prise en compte des mises en garde de certains Parlements nationaux qui ont estimé que cette disposition avait un intérêt limité⁹¹⁹ et était susceptible d'entraîner une multiplication des régimes spéciaux⁹²⁰.

456. Proposition. Il est possible d'espérer qu'à défaut de pouvoir obtenir l'adoption d'un texte aussi contraignant que celui soumis initialement, la Commission aille dans le sens d'une plus grande précision et non dans celui d'un texte vague. Elle pourrait, par exemple, supprimer la prescription de la peine et fixer le point de départ du délai de prescription à la commission de l'infraction avec un choix alternatif pour les États membres : soit un délai de prescription de 10 ans, soit un délai de 5 ans avec des motifs adéquats d'interruption et, le cas échéant, une prescription absolue de 10 ans. Quant aux actes interruptifs, il serait possible de les énumérer avec une plus grande précision tout en s'assurant que la demande de levée d'immunité ou d'entraide judiciaire est interruptive ou suspensive et que le délai de prescription ne court pas au-delà de la condamnation en première instance. Enfin, la proposition du Conseil de réintroduire une formule générale

⁹¹⁸ Note de la Présidence du Conseil, 11 déc. 2012, Doc. 17359/12, pp. 6-7.

⁹¹⁹ Opinion du Riksdag (examen de subsidiarité) sur la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 2012, p. 1 : « *The added value of setting out such extensive and detailed measures will presumably be limited, at the same time as it makes it more difficult for member states to adapt the provisions in a way that is appropriate to their respective legal systems. In the opinion of the Riksdag, it should be possible to achieve the objectives of the measures, that is, to be able to prevent and combat criminal offences affecting the Union's financial interests, by means of less far-reaching provisions* ». URL <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20120193/serik.do>

⁹²⁰ V., par ex., Résolution du Sénat tchèque, *Resolution of the Senate on the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law*, 30 janv. 2013, p. 1 : « *States that the rules proposed by the Directive concerning the prescription for criminal responsibility and sentence do not comply with the concept of these institutes in the Czech legal order and will lead to the creation of different regimes for criminal offences of the same level of social harmfulness; thus it represents a disproportionate encroachment on domestic law, which is not necessary for the accomplishment of the Directive's objectives* ». URL : <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20120193/czsen.do>

ne doit pas être écartée, car elle pourrait permettre, par le biais d'un contrôle juridictionnel, de remédier aux concessions faites dans le cadre des trilogues.

CHAPITRE II – Vers un nouveau cadre juridique : perspectives

457. La directive PIF est destinée à être la première directive post-Lisbonne touchant à la répression de la corruption. Outre les avancées substantielles qui devraient être consacrées, elle entraînera une relative simplification du cadre juridique existant par l'abrogation de la convention PIF et de ses protocoles pour la majorité des États membres, instruments obsolètes adoptés dans le cadre de l'ancien troisième pilier. Toutefois, le nouvel instrument ne permettra paradoxalement pas la rationalisation des sources attendue (Section I) et participe d'une stratégie globale qui a tendance à favoriser les initiatives externes (Section II).

SECTION I. Le paradoxe de la « directive PIF » : une complexité accentuée

458. Complexification du cadre juridique. L'adoption de dispositions relatives à la lutte contre la corruption dans le cadre de la nouvelle directive étudiée peut apparaître cohérent afin d'assurer une répression uniforme de tous les comportements susceptibles de porter atteinte à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Néanmoins, d'un point de vue global, le cadre juridique qui en ressortira sera complexifié, voire illisible.

En effet, la portée réelle de la future directive PIF est encore incertaine et dépendra largement de la base juridique retenue. Le fait d'aborder la question de la base juridique après l'étude du contenu de l'instrument peut apparaître curieux. Toutefois, cette problématique peut être partiellement déconnectée puisqu'elle porte ici sur le champ d'application et les conséquences du cadre juridique à venir. De surcroît, malgré un texte en discussion depuis 2012, la question de la base juridique n'est toujours pas résolue après l'orientation générale du Conseil et la 1^{ère} lecture du Parlement européen : la méthodologie qui consiste à aborder le « contenu » avant le « contenant » a donc été retenue par les colégislateurs. Malgré les conséquences importantes attachées à la solution, tant sur le plan de la procédure législative que sur la portée du texte, l'opposition marquée entre, d'une part, la Commission et, d'autre part, le Conseil et le Parlement européen a conduit à mettre ce sujet de côté afin de ne pas bloquer les discussions sur le fond.

L'issue est difficile à anticiper puisque si la Commission prolonge son opposition après les trilogues, le vote au Conseil devra, pour une adoption en première lecture, recueillir l'unanimité. En outre, la Commission dispose de plusieurs outils complémentaires pour parvenir à ses fins. Tout d'abord, elle pourrait retirer sa proposition de directive. Ensuite, si elle n'obtient pas gain de cause, une saisine de la Cour de Justice, juge de la base juridique, pourrait être envisagée afin de trancher la question définitivement. En outre, si l'article 83§2 TFUE est retenu, la Cour de Justice pourrait tout de même être saisie afin de vérifier que le champ d'application de la directive (notamment en ce qui concerne la prescription) n'est pas trop large. Le choix de la base juridique entraîne donc une forte insécurité juridique pour les États membres (I).

En outre, la complexité du cadre juridique sera accentuée par l'adoption même de la directive PIF. Cette dernière risque de créer à la fois des difficultés de transposition, mais également un chevauchement des textes en fonction du pays (tous les instruments précédents resteront en vigueur au moins à l'égard d'un État membre) ou de l'affaire en cause et entraînera donc une nouvelle stratification des instruments anticorruption (II).

I. L'insécurité juridique découlant du choix de la base juridique adéquate

459. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, toutes les directives adoptées par l'Union et destinées au rapprochement du droit pénal matériel des États membres sont fondées soit sur l'article 83§1 TFUE⁹²¹, vu comme la base juridique de « *l'harmonisation pénale autonome* »⁹²², soit sur l'article 83§2 TFUE, vu comme le fondement de

⁹²¹ TFUE (Lisbonne), art. 83§1 : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.*

Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

⁹²² V. par ex., L. ARROYO ZAPATERO, M. MUÑOS DE MORALES ROMERO, « Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (article 83.1 TFUE) », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, 2012, pp. 113-139.

« l’harmonisation pénale accessoire »⁹²³. Ces dispositions sont placées sous le titre V, relatif à « *l’espace de liberté, de sécurité et de justice* », de la troisième partie du TFUE intitulée : « *les politiques et actions internes de l’Union* ». Elles constituent les nouvelles bases juridiques introduites par le traité de Lisbonne à la suite de la suppression du 3^{ème} pilier.

460. De prime abord, tout acte destiné à lutter contre la fraude aux intérêts financiers de l’Union au moyen du droit pénal devrait dorénavant être fondé sur l’une des deux dispositions susmentionnées. En réalité, le choix ne paraît pas difficile puisque l’article 83§1 TFUE dresse une liste des domaines de criminalité concernés et la fraude aux intérêts financiers n’en fait pas partie. L’article 83§2 TFUE semble donc s’imposer comme la base juridique adéquate. Il prévoit :

*« Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s’avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d’une politique de l’Union dans un domaine ayant fait l’objet de mesures d’harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l’adoption des mesures d’harmonisation en question, sans préjudice de l’article 76 »*⁹²⁴.

461. Néanmoins, la Commission européenne n’a pas suivi ce raisonnement et n’a donc pas cherché à établir les critères posés par l’article 83§2 TFUE. La proposition de directive PIF tranche singulièrement avec les solutions présentées ci-dessus puisqu’elle est fondée sur l’article 325§4 TFUE qui stipule :

« Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union et de la lutte contre cette fraude en vue d’offrir une protection

⁹²³ V. par ex., A. BERNARDI, « L’harmonisation pénale accessoire », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, 2012, pp. 153-184.

⁹²⁴ Nous soulignons.

effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union »⁹²⁵.

Sous le traité d'Amsterdam, la question s'était déjà posée de savoir s'il existait des bases juridiques spéciales dans le pilier communautaire donnant compétence à l'Union pour adopter des directives, voire des règlements, en matière de droit pénal⁹²⁶. Or, comme cela est abordé ci-dessous, le traité de Lisbonne n'a pas entièrement mis fin à la problématique, mais a davantage contribué à renouveler le débat. Même si les enjeux ont évolué concernant la protection des intérêts financiers, il est aujourd'hui soutenu que l'article 325§4 TFUE, ou l'article 86 TFUE⁹²⁷, permettent de déroger aux critères de l'article 83§2 TFUE. Toutefois, l'article 86 TFUE, qui envisage l'institution d'un Parquet européen par voie de règlement, peut ici être écarté, car il n'est pas mentionné par la Commission européenne dans le cadre de sa proposition de directive PIF.

462. La base juridique choisie par la Commission a abouti, au cours de la procédure législative, à un clivage entre cette dernière et le Conseil⁹²⁸ et le Parlement européen⁹²⁹ qui défendent l'article 83§2 TFUE comme le fondement adéquat. Or, comme il l'a déjà été évoqué, la base juridique qui sera finalement retenue aura un effet non négligeable sur le cadre fourni par l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption.

463. De nombreux éléments laissent penser que l'article 83§2 TFUE est bien la base juridique à retenir pour le futur instrument (B). Néanmoins, sans revenir à la genèse des

⁹²⁵ Nous soulignons.

⁹²⁶ V. *infra*, n° 465.

⁹²⁷ TFUE (Lisbonne), art. 86§1 : « pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen » ; v. not. à ce propos, D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 141-142 ; v. égal., D. FLORE, « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, 2014, pp. 559-569, spéc. pp. 562-564 ; C. SOTIS, « Criminaliser sans punir », *RSC*, 2011, pp. 773-785, spéc. pp. 778-782 ; I. RODOPOULOUS, « Un “langage commun” sans “grammaire commune” ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 580, 2014, pp. 454-460, spéc. pp. 457-458.

⁹²⁸ V. Outcome of Proceeding of the Council JAI (6 June 2013) on a General Approach about the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - Annex, 10 juin 2013, Doc. n° 10729/13.

⁹²⁹ V., Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-0427/2014.

articles 83§2 TFUE ou 325§4 TFUE⁹³⁰, il apparaît nécessaire de s'intéresser aux deux thèses en présence qui résultent chacune d'une lecture particulière du traité de Lisbonne (A). Il convient de garder à l'esprit qu'une fois la directive PIF adoptée, la base juridique fera probablement l'objet d'une saisine de la CJUE. Aussi, les développements qui suivent devraient garder tout leur intérêt dans cette perspective.

A. Entre rupture et continuité de l'harmonisation pénale accessoire

464. La formulation particulièrement large de l'article 325§4 TFUE, en entretenant une certaine ambiguïté sur ses limites, ne permet pas de déterminer avec certitude la base juridique adéquate de la future directive PIF. Le doute est donc permis et plusieurs auteurs ont soulevé très tôt la problématique, sans toutefois proposer de solution⁹³¹. En réalité, les positions exprimées par les institutions européennes⁹³² traduisent une lecture différente, mais chacune cohérente, des évolutions du droit primaire.

465. La Commission européenne voit dans le traité de Lisbonne une solution directe aux débats doctrinaux antérieurs portant sur l'article 280§4 TCE et qui avaient fait obstacle à sa précédente tentative de réforme de la protection pénale des intérêts financiers. En effet, en 2001, la Commission avait déjà soumis une proposition de directive PIF⁹³³, fondée sur l'article précité, qui n'a finalement jamais été adoptée⁹³⁴. Pourtant, elle s'était montrée particulièrement insistante souhaitant, d'une part, remédier au retard accumulé par de nombreux États membres pour ratifier les conventions du 3^{ème}

⁹³⁰ V., pour une analyse de l'évolution de l'article 325 TFUE, D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 138-141.

⁹³¹ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, éd. Hart Publishing, Oxford et Portland, 2009, pp. 107-109, spéc. p. 109 ; D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 1^{ère} éd., Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 186-187. Cependant, l'évolution du débat a été suivie, v., D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 138-141 ; D. FLORE, « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, 2014, pp. 562-564.

⁹³² V. *supra*, n° 462.

⁹³³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 23 mai 2001, COM(2001) 272 final, *JOCE* C 240 E du 28 août 2001, pp. 125-129.

⁹³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sur les procédures décisionnelles interinstitutionnelles en cours, *Addendum* au COM(2009) 665 final, 12 avril 2010, COM(2010) 147 final, p. 14 ; V. égal., Retrait de propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité, *JOUE* C 109 du 16 avril 2013, p. 8.

pilier⁹³⁵ et, d'autre part, démontrer qu'elle avait tiré les leçons du scandale de la « Commission Santer »⁹³⁶. Elle proposait donc que l'Union se dote rapidement d'un instrument contraignant dont la transposition serait susceptible de faire l'objet d'un contrôle de la Cour de Justice. Néanmoins, l'article 280§4 TCE prévoyait que les mesures adoptées ne « *concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres* ». Le nœud du problème était de déterminer la portée de cette limitation et d'en déduire la compétence ou non de l'Union pour adopter l'acte envisagé. En proposant une directive PIF, la Commission s'était, de manière pragmatique, positionnée pour une interprétation restrictive : elle distinguait « *l'application du droit pénal national* » du « *droit pénal* ». Elle cherchait ainsi à transférer dans une directive toutes les dispositions qui ne touchent pas à la procédure pénale tout en maintenant le reliquat dans la convention PIF. La Commission avait reçu le soutien du Parlement européen⁹³⁷ qui avait adopté plusieurs amendements particulièrement ambitieux⁹³⁸. La position de 1^{ère} lecture de ce dernier avait d'ailleurs conduit la Commission à modifier sa proposition⁹³⁹ et à solliciter une réforme du droit primaire pour permettre la création d'un Parquet européen⁹⁴⁰. En revanche, la doctrine restait partagée entre les auteurs qui

⁹³⁵ V., concernant la volonté politique insuffisante des Etats membres, S. RODRIGUES, « La protection des intérêts financiers de l'Union européenne – De la responsabilité partagée à la coopération renforcée ? », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin, éd. Pédone, Paris, 2010, pp. 511- 522, spéc. pp. 520-522.

⁹³⁶ J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, coll. Précis, 3^{ème} éd., Dalloz, p. 731 ; I. MARCHAIS, « Soulagement dans l'Union après la démission de la Commission. L'Europe se cherche de nouvelles têtes. Alors que l'Europarlement souhaite le départ rapide de l'exécutif démissionnaire, certains commissaires s'accrochent », *Libération* [En ligne], 17 mars 1999, URL : http://www.liberation.fr/evenement/1999/03/17/soulagement-dans-l-union-apres-la-demission-de-la-commission-l-europe-se-cherche-de-nouvelles-tetes-_267744.

⁹³⁷ Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission sur la protection des intérêts financiers des Communautés - Lutte antifraude - Pour une approche stratégique globale, 4 décembre 2000, T5-0564/2000, 2000/2279(COS), *JO C* 232 du 17 août 2001, pp. 191-193.

⁹³⁸ Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 29 novembre 2001, C5-0225/2001, 2001/0115(COD), *JOCE C* 153 E du 27 juin 2002, p. 153 ; Rapport de la Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté, 8 novembre 2001, A5-0390/2001, 2001/0115(COD).

⁹³⁹ Proposition modifiée de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 16 octobre 2002, COM(2002) 577 final, *JOCE C* 71 E du 25 mars 2003, pp. 1-2.

⁹⁴⁰ Livre vert de la 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, p. 20.

défendaient une interprétation restrictive⁹⁴¹, et donc la possibilité d'adopter un acte avec effet direct, et ceux qui avançaient que seule une interprétation large⁹⁴², conduisant à l'impossibilité de toute harmonisation du droit pénal matériel sur ce fondement, était valide. Par conséquent, le débat se cristallisait essentiellement sur la portée de la restriction susmentionnée, vue comme le seul obstacle à la compétence de l'Union.

Une partie de la doctrine a donc naturellement interprété la suppression des restrictions susmentionnées comme une volonté de mettre fin aux hésitations doctrinales⁹⁴³ et en a déduit la pleine compétence de l'Union pour adopter, sur le fondement de l'article 325§4 TFUE, un acte portant sur la protection pénale des intérêts financiers : « les amendements au droit primaire européen autorisent l'adoption d'actes supranationaux en matière pénale au moins dans les domaines de la lutte contre la fraude et de la protection des douanes. Toutefois, l'exercice de ces compétences est restreint par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Aussi, il est nécessaire que le but poursuivi par l'infraction supranationale ne puisse pas être atteint de manière équivalente par des mesures prises au niveau national et que l'adoption d'une législation *pénale* soit absolument nécessaire. Il n'existe toujours pas de compétence pour établir un droit criminel supranational "annexe" aux autres dispositions supranationales »⁹⁴⁴. L'article 83§2 TFUE n'est donc pas ignoré, mais strictement restreint à l'obligation des États membres d'assurer un niveau minimum de rapprochement du droit pénal national.

466. La Commission européenne ne cache pas l'assise doctrinale de son raisonnement⁹⁴⁵. Dans l'étude d'impact⁹⁴⁶ et dans l'exposé des motifs⁹⁴⁷ de la proposition

⁹⁴¹ V. à ce propos, M. DELMAS-MARTY, « Combatting fraud – Necessity, Legitimacy and Feasibility of the *Corpus Juris* », *Common Market Law Review*, vol. 37, n° 2, avril 2000, pp. 247-256, spéc. p. 252.

⁹⁴² Les Professeurs Gert Vermeulen et Geert Corstens estiment, à propos de la première proposition de directive PIF et de l'article 280§4 TCE, qu'« il faut posséder une certaine souplesse d'esprit juridique pour pouvoir considérer cette proposition comme conforme à cette disposition ». V., J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, coll. Précis, 3^{ème} éd., Dalloz, pp. 730-732 ; v. dans le même sens, W. VAN GERVEN, « Constitutional conditions for a public prosecutor's office at the European level », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, n° 3, 2000, pp. 306-307.

⁹⁴³ V. not., H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, éd. Beck / Hart / Nomos, 2012, pp. 53-57, spéc. pp. 55-57 ; V. égal., M. KAIAFA-GBANDI, « Memorandum », *in House of Lord, The Treaty of Lisbon : an impact assessment*, Volume II : Evidence, 13 mars 2008, pp. E157-E162, spéc. p. E158.

⁹⁴⁴ H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, éd. Beck / Hart / Nomos, 2012, p. 57.

⁹⁴⁵ SWD(2012) 195 final, p. 27, note 96.

⁹⁴⁶ Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, pp. 6-7.

⁹⁴⁷ SWD(2012) 195 final, pp. 26-27.

de directive PIF, elle reprend l'ensemble des arguments développés ci-dessus. De manière explicite, elle met en exergue le lexique particulier utilisé par le droit primaire pour traiter de la fraude aux intérêts financiers, qui ne se retrouve dans aucune autre disposition des traités constitutifs⁹⁴⁸. L'article 325§4 TFUE viendrait consacrer une compétence particulièrement large de l'Union qui englobe le droit pénal. En outre, de manière implicite⁹⁴⁹, elle estime que les rédacteurs du traité de Lisbonne n'ont pu supprimer les restrictions de l'article 280§4 TCE qu'en considération des débats doctrinaux antérieurs. Les seules limites sont les principes de subsidiarité⁹⁵⁰ et de proportionnalité⁹⁵¹ dont le respect est démontré dans l'exposé des motifs.

⁹⁴⁸ Plusieurs éléments du TFUE pourraient laisser penser qu'il était dans l'intention des rédacteurs de prévoir une telle compétence. Dans l'exposé des motifs, la Commission relève qu'un chapitre spécial est consacré à la lutte contre la fraude et qu'un lexique particulier est employé : l'article 310§6 TFUE « souligne la *nécessité* de lutter ("combattent") contre les activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union » et l'article 325§1 TFUE « définit la compétence qu'a l'UE de prendre les mesures nécessaires, "qui sont dissuasives", dans les domaines de la prévention de la fraude ». L'article 325§4 TFUE lui-même prévoit que le Parlement européen et le Conseil doivent arrêter les « mesures nécessaires » dans les domaines de la prévention et de la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union en vue « d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union ». Pour la Commission, « il en découle que, dans ce domaine particulier, l'Union dispose d'un large éventail d'outils ».

⁹⁴⁹ V. à ce propos, Avis de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 29 novembre 2012, PE500.747, 2012/0193(COD), p. 4.

⁹⁵⁰ TUE (Lisbonne), art. 5§3 : « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole ».

⁹⁵¹ TUE (Lisbonne), art. 5§4 : « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.

Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

Elle en déduit que l'article 325§4 TFUE est une *lex specialis*⁹⁵² dérogeant aux dispositions pénales générales du traité⁹⁵³ et que toute harmonisation en matière de protection des intérêts financiers, y compris au moyen du droit pénal, doit être fondée sur cette base juridique. En favorisant l'article 325§4 TFUE, la Commission reconnaît une certaine continuité entre les solutions dégagées depuis le traité d'Amsterdam et celles apportées par le traité de Lisbonne.

467. L'interprétation prônée par la Commission, qui a suscité une forte opposition des États membres⁹⁵⁴, n'est cependant pas la seule envisageable. Il est en effet possible de soutenir que la dépillarisation a entraîné une réorganisation complète des compétences : il était dans l'intention des rédacteurs du traité de Lisbonne de concentrer la compétence pénale de l'Union à l'article 83 TFUE. Cette lecture semble implicitement retenue par le Parlement européen et le Conseil qui se fondent sur les avis rendus, d'une part, par la commission des affaires juridiques du Parlement européen⁹⁵⁵ (ci-après, « commission JURI ») et, d'autre part, par le service juridique du Conseil⁹⁵⁶ (ci-après, « SJC »). Ces derniers concluent tous les deux que seul l'article 83§2 TFUE est susceptible de fonder la future directive PIF. Il convient donc de revenir brièvement sur leur analyse avant de la prolonger grâce aux nombreux éléments allant dans le même sens.

⁹⁵² *Lex specialis* est une expression latine que l'on peut traduire par « loi spéciale ». Elle renvoie not. aux expressions *Lex specialis derogat legi generali*, « la loi spéciale déroge à la loi générale », ou *Specialia generalibus derogant*, « ce qui est spécial déroge à ce qui est général ». V. à ce propos, dans le contexte du droit français, H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 6^{ème} éd., Lexis Nexis, 2014, p. 199 et p. 346 ; v. égal., H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, pp. 843-845. La *lex specialis* est l'un des principes employés par la CJUE pour déterminer la base juridique adéquate des actes de droit dérivé. V. à ce propos, F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *Rép. europ.*, juin 2013.

⁹⁵³ Réponse de la Commission européenne au Riksdag, 17 juillet 2013, C(2013) 517 final.

⁹⁵⁴ V., par ex., Note de la Présidence du Conseil au Comité de coordination dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (CATS), 16 novembre 2012, Doc. n° 14806/1, pp. 1-2 ; Note de la Présidence du Conseil au Groupe Droit pénal matériel (DROIPEN), 20 décembre 2012, Doc. n° 18058/12, pp. 2-3 ; Note de la Présidence du Conseil au Comité des représentants permanents des gouvernements des États membres de l'UE, 23 mai 2013, Doc. n° 9547/2/13 Rev 2, p. 4.

⁹⁵⁵ Avis de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 29 novembre 2012, PE500.747, 2012/0193(COD). La commission JURI s'est saisie de la question de sa propre initiative conformément à l'article 37§3 du règlement intérieur du Parlement européen alors en vigueur. V., Règlements intérieurs et de procédure du Parlement européen, mars 2011, 7^{ème} législature, JO L 116 du 5 mai 2011, pp. 1-151, spéc. p. 22.

⁹⁵⁶ Avis du service juridique du Conseil sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 octobre 2012, Doc. n° 15309/12, 2012/0193(COD).

468. Quatre arguments, intrinsèquement liés, sont mis en exergue pour réfuter la thèse de la Commission. En premier lieu, l'article 83§2 TFUE est nécessairement une base juridique valide, car elle remplit l'ensemble des critères posés par la Cour de Justice⁹⁵⁷. Elle est notamment en adéquation avec le but et le contenu de l'acte envisagé. En deuxième lieu, c'est l'article 83§2 TFUE, venu consacrer la jurisprudence antérieure, qui doit être vu comme la *lex specialis* : tout acte destiné à rapprocher les législations pénales en matière de protection des intérêts financiers doit donc être fondé, de manière dérogatoire, sur l'article 83§2 TFUE. Au contraire, aucune compétence spéciale ne ressort expressément de l'article 325§4 TFUE. Afin d'appuyer son interprétation, la commission JURI met en avant les travaux du groupe de travail « Liberté, sécurité et justice » de la Convention⁹⁵⁸, qui ont directement inspiré le traité de Lisbonne⁹⁵⁹. Le groupe de travail avait estimé « *opportun d'inclure dans le nouveau traité une base juridique permettant d'adopter des règles minimales, ou des règles constituant un "socle commun", relatives*

⁹⁵⁷ Dans l'affaire dite « Dioxyde de titane », la Cour de Justice énonce : « il convient d'observer, à titre liminaire, que, dans le cadre du système de compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Parmi de tels éléments figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte » ; v., pour cette affaire, CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, 11 juin 1991, aff. C-300/89 (ECLI:EU:C:1991:244), Rec. 1991, p. I-2867, point 10. La jurisprudence reste constante. V., pour les différents critères retenus, CJCE, 17 mars 1993, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. C-155/91 (ECLI:EU:C:1993:98), Rec. 1993, p. I-939, point 7 ; CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, 19 septembre 2002, aff. C-336/00 (ECLI:EU:C:2002:509), Rec. 2002, p. I-7699, points 30-31 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-178/03 (ECLI:EU:C:2006:4), Rec. 2006, p. I-107, points 41-43 ; CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-155/07 (ECLI:EU:C:2008:605), Rec. 2008, p. I-8103, points 34-37 ; CJCE, Grande Chambre, 8 septembre 2009, *Commission des Communautés européennes c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-411/06 (ECLI:EU:C:2009:518), Rec. 2009, p. I-7585, points 45-47. Pour un conflit entre le 3^{ème} pilier et le 1^{er} pilier, v. CJCE, Grande Chambre, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03 (ECLI:EU:C:2005:542), Rec. 2005, p. I-7879, point 45 ; CJCE, Grande Chambre, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), Rec. 2007, p. I-9097, point 61. Pour une analyse de la méthodologie employée par la Cour de Justice, v. not., F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *Rép. europ.*, juin 2013, n^{os} 73-92, spéc. n^{os} 76-88 ; J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne. – Sources écrites », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 190, 29 juillet 2014, points 143-156.

⁹⁵⁸ Le Conseil européen de Laeken du 14 et 15 décembre 2001 a convoqué la « Convention sur l'avenir de l'Europe » afin de réfléchir à une réforme institutionnelle et à une éventuelle constitution européenne. V., à ce propos, Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Laeken, 14/15 décembre 2001, Annexe I : Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne, *Bulletin de l'Union européenne*, 2001, n^o 12, pp. 20-25.

⁹⁵⁹ L'article III-271 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe est identique à l'article 83 TFUE. V., Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *JOUE* C 310 du 16 décembre 2004, pp. 3-474, spéc. p. 119.

aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions dans certains secteurs de la criminalité, pour autant que l'un des deux critères ci-après soit rempli : [...] lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un intérêt commun européen qui fait lui-même l'objet d'une politique commune de l'Union (par exemple, la contrefaçon de l'euro, la protection des intérêts financiers de l'Union - PIF)⁹⁶⁰, le rapprochement des dispositions de droit pénal matériel devrait faire partie de l'arsenal de mesures prévu pour l'application de cette politique chaque fois que des règles non pénales ne sont pas suffisantes »⁹⁶¹. Quant au SJC, il répond implicitement au premier argument de la Commission en faisant valoir que « *les considérations téléologiques liées à la "particularité" de "ce domaine particulier" ou au fait que "le terme 'dissuasif' ne figure nulle part ailleurs dans le traité" ne sauraient constituer des raisons valables pour ne pas retenir une disposition d'application horizontale du traité qui est dénuée d'ambiguïté* »⁹⁶². En troisième lieu, il est souligné que la suppression des limites prévues à l'ancien article 280§4 TCE découle logiquement de l'insertion d'une nouvelle base juridique en matière d'harmonisation pénale substantielle. Le traité de Lisbonne a ainsi cherché à placer « *toutes les dispositions d'habilitation de fond figurant dans le TFUE dans le régime général* »⁹⁶³. Ainsi, la seule autre disposition du traité d'Amsterdam qui connaissait une limitation identique à l'article 280§4 TCE a été modifiée dans le même sens⁹⁶⁴. En dernier lieu, la commission JURI et le SJC estiment qu'il ne serait pas conforme à l'esprit des traités de contourner les critères et les mécanismes de protection prévus par les articles 82 et suivants en se contentant de modifier la base juridique⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ Nous soulignons.

⁹⁶¹ Rapport du Président du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice » à la Convention Européenne, « Rapport final du Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice" », 2 décembre 2002, CONV 426/02, WG X 14, p. 10. V. égal. J. TRICOT, « L'harmonisation pénale accessoire : question(s) de méthode – Observations sur l'art et la manière de légiférer pénalement selon l'Union européenne », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, Société de Législation Comparée, 2012, pp. 185-196, spéc. p. 187, note 6.

⁹⁶² Avis du service juridique du Conseil sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 oct. 2012, Doc. no 15309/12, para. 15.

⁹⁶³ *Ibid.*, para. 14.

⁹⁶⁴ Article 135 TCE vers l'article 33 TFUE.

⁹⁶⁵ Avis du service juridique du Conseil sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 oct. 2012, Doc. no 15309/12, para. 18 ; Avis de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 29 novembre 2012, PE500.747, p. 5.

469. Dans l'optique de convaincre la Commission européenne, la commission JURI et le SJC ont cherché à relativiser les conséquences d'un changement de base juridique et ont souligné les possibilités offertes par l'article 83 TFUE. Mais les arguments avancés semblent avoir été insuffisants, la Commission ayant refusé les amendements proposés par le Parlement à ce sujet⁹⁶⁶.

En effet, l'étude du contenu et de l'objectif de la directive ne permettent pas, à eux seuls, de trancher la question compte tenu de la formulation large de l'article 325§4 TFUE. Malgré les affirmations péremptoires évoquées ci-dessus, la *lex specialis* ne ressort d'aucune disposition du TFUE. Les rédacteurs du traité de Lisbonne disposaient pourtant d'une solution simple : ils pouvaient explicitement consacrer une compétence pénale à l'article 325§4 TFUE ou encore effectuer un renvoi vers l'article 83§2 TFUE. En l'absence d'une telle mention explicite, il est nécessaire de se reporter à des indices indirects. Or, plusieurs éléments supplémentaires tendent à confirmer que l'article 83§2 TFUE constitue la base juridique adéquate.

B. Un faisceau d'indices en faveur de l'article 83§2 TFUE

470. Le fondement juridique approprié pour la future directive PIF dépend de l'équilibre, stricte continuité ou rupture, voulu par le traité de Lisbonne. La solution, primordiale pour connaître les limites du droit pénal de l'Union, mérite une saisine de la Cour de Justice. Néanmoins, plus de 6 ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, plusieurs éléments permettent d'avancer que l'article 83§2 TFUE est la base juridique adéquate pour la future directive PIF.

471. En premier lieu, l'intention des rédacteurs du traité de Lisbonne était, semble-t-il, de placer sous le titre V l'ensemble des dispositions touchant au droit pénal matériel. Les travaux de la Convention évoqués par la commission JURI⁹⁶⁷ constituent un premier élément objectif permettant d'appréhender la nouvelle articulation.

Dans le prolongement, il est possible de tenir compte d'autres éléments allant dans un sens similaire. Ainsi, l'emplacement choisi dans le traité de Lisbonne pour les dispositions relatives à la création d'un Parquet européen n'est pas neutre. En effet, depuis la

⁹⁶⁶ Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière par le Parlement européen, 9 juill. 2014, SP(2014)471.

⁹⁶⁷ V. *supra*, n° 468.

Conférence intergouvernementale de Nice, il était envisagé la création d'un Procureur européen avec l'introduction d'une nouvelle base juridique dans les traités à l'article 280 *bis* TCE. Cette proposition figurait également dans le livre-vert de la Commission relatif à la protection des intérêts financiers. Or, si le traité de Lisbonne a bien repris cette idée, il n'a pas accolé cette disposition à l'article 325 TFUE, mais l'a inséré à l'article 86 TFUE, c'est-à-dire sous le même titre que l'article 83 TFUE⁹⁶⁸. L'organisation même du TFUE tend donc à démontrer que son titre V est le fruit de la suppression de l'ancienne structure en pilier, mais également du réaménagement de l'ancien pilier communautaire pris séparément.

472. Il résulte de ce qui précède que la proposition de la Commission ne pouvait que susciter une réaction particulièrement forte des États membres. Ainsi, en France, l'Assemblée nationale a relevé que l'article 325 TFUE « *organise le partage des responsabilités entre l'Union européenne et ses États membres pour lutter contre la fraude, sans évoquer, notons-le, le recours au droit pénal* »⁹⁶⁹. La Suède estime également que la base juridique correcte est l'article 83§2 TFUE⁹⁷⁰. Quant au gouvernement anglais, il a perçu la proposition de la Commission comme un coup de force destiné à contourner le régime spécial dont bénéficient le Royaume-Uni et l'Irlande⁹⁷¹. Il n'est donc pas surprenant que, confortées par les avis de la commission JURI et du SJC, l'écrasante majorité des délégations au Conseil se soient positionnées pour retenir l'article 83§2 TFUE⁹⁷².

D'une manière générale, la méthodologie retenue par la commission JURI et le SJC est donc plus respectueuse des différents indices laissés dans le traité de Lisbonne et de la volonté des États membres. À l'inverse, la Commission européenne s'inspire d'une idée avancée au début des années 2000 qui n'a jamais été validée. Ses déductions reposent à

⁹⁶⁸ Le traité établissant une convention pour l'Europe avait déjà opéré ce choix.

⁹⁶⁹ Communication de M. KARAMANLI sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (COM(2012) 363 final – document E 7529), *in* Compte-rendu n° 20 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, 4 déc. 2012.

⁹⁷⁰ Opinion du Riksdag (examen de subsidiarité) sur la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal : « *The Riksdag questions the legal context of the proposal and considers that there is reason to ensure that the EU's competence to adopt legislation in the field of criminal law should be exercised in accordance with Article 83.2 of the TFEU* ». URL : http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/rerelations_other/npdocs/sweden/2012/com20120363/com20120363_riksgdag_opinion_en.pdf

⁹⁷¹ V. *infra*, n° 484.

⁹⁷² Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, p. 2.

la fois sur une interprétation particulièrement large des termes de l'article 325§4 TFUE, qui ne renvoient pas nécessairement à la matière répressive, et sur un raisonnement *a contrario*, dont il convient de se méfier⁹⁷³. De surcroît, la commission JURI et le SJC fournissent une explication alternative pertinente en ce qui concerne les motifs de la suppression des restrictions prévues à l'ancien article 280§4 TFUE⁹⁷⁴.

473. En second lieu, la Commission européenne a pu se montrer incohérente avec la position qu'elle a défendue au cours de la procédure législative. Elle s'est, de ce fait, détachée des raisonnements élaborés par les auteurs qui la soutiennent. Sa position semble alors moins reposer sur une lecture particulière du traité de Lisbonne que sur une tentative pragmatique, voire opportuniste, de déroger aux limites entourant l'article 83§2 TFUE.

Les hésitations de la Commission européenne transparaissent tout d'abord à propos des infractions douanières. En effet, le Professeur Helmut Saltzger, mentionné par la Commission⁹⁷⁵, estime que le raisonnement tenu à propos de l'article 325§4 TFUE est nécessairement applicable à l'article 33 TFUE : « *la même chose est vraie pour la protection de l'union douanière. L'ancien article 135 TCE prévoit une réserve concernant le droit pénal qui a été supprimée sans être remplacée par le nouvel article 33 TFUE. Par conséquent, le nouveau droit primaire autorise également la création d'un droit pénal supranational dans ce domaine du droit* »⁹⁷⁶. Or, dans sa proposition de directive sur le cadre juridique de l'Union régissant les infractions douanières et les sanctions qui y sont applicables⁹⁷⁷, la Commission européenne s'écarte de cette interprétation. Formellement, la future directive devrait être adoptée sur le fondement de l'article 33 TFUE. Cependant, elle ne prévoit aucune obligation d'édicter des sanctions pénales. En revanche, cette éventualité est abordée par l'étude d'impact de cet instrument : « *si une action de l'Union se justifie, le législateur européen doit décider si des sanctions pénales sont nécessaires ou si des sanctions administratives communes suffisent. La base juridique de la mesure* »

⁹⁷³ Ce n'est pas parce qu'il était admis que la compétence pénale de l'Union était limitée par les restrictions de l'article 280§4 TCE, qu'*a contrario*, une telle compétence pourra être exercée avec la suppression des restrictions précitées. Dans son avis, le SJC met d'ailleurs en garde, sans expliciter son propos, contre ceux qui invoquent « avec créativité un argument *a contrario* ».

⁹⁷⁴ V. *supra*, n° 468.

⁹⁷⁵ Étude interne, p. 27.

⁹⁷⁶ H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, éd. Beck / Hart / Nomos, 2012, pp. 53-57, spéc. p. 56 : « *The same is true for the protection of the customs union. The former art. 135 TEC contained a reservation regarding criminal law which was deleted without replacement in the new art. 33 TFEU. Therefore, the new primary law also allows the creation of supranational criminal law in this field of law* ».

⁹⁷⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le cadre juridique de l'Union régissant les infractions douanières et les sanctions qui y sont applicables, 13 déc. 2013, COM(2013) 884 final.

législative dans le domaine pénal — l'article 83, paragraphe 2, du TFUE — s'appuie sur l'idée de ne recourir au droit pénal qu'en dernier ressort. [...] La récente proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal couvre en partie certaines des infractions douanières ayant une incidence sur la perception des ressources propres. Il serait donc judicieux, pour déterminer si les infractions douanières relevant du droit pénal nécessitent une action législative, d'attendre que la mesure législative en matière non pénale soit en place et que la directive relative à la protection des intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal soit applicable »⁹⁷⁸. Nonobstant la suppression des limitations prévues à l'ancien article 135 TCE, l'étude d'impact susmentionnée estime donc bien que l'article 83§2 TFUE est le fondement juridique adéquat pour toute mesure législative dans le domaine pénal, et non l'article 33 TFUE.

474. L'incohérence de la Commission transparaît également dans le choix même, au stade préparatoire, d'une directive et non d'un règlement PIF. Le Parlement européen avait déjà proposé l'adoption d'un tel règlement dans le cadre de la première proposition de directive PIF. Mais cette solution avait été écartée par la Commission en raison des restrictions de l'article 280§4 TCE. Avec le traité de Lisbonne, pour la première fois, la Commission a explicitement reconnu la compétence de l'Union pour adopter un règlement en matière pénale⁹⁷⁹. Mais elle a dans le même temps nié sa faisabilité pratique en raison du respect de la tradition juridique des États membres. En effet, un règlement PIF est susceptible de créer des interférences dans les traditions et les systèmes juridiques des États membres puisqu'il lierait le juge national. De même, des problématiques de nature constitutionnelle se poseraient certainement dans plusieurs États membres⁹⁸⁰.

Néanmoins, cet argument n'est pas pertinent dans le contexte de l'article 325§4 TFUE. Tout d'abord, l'édiction même d'un règlement consiste justement à constituer un corps de règles commun et obligatoire, dans un domaine particulier, indépendamment des traditions juridiques individuelles. Le *Corpus Juris* a ainsi proposé l'adoption d'un acte à effet direct, limité à la protection des intérêts financiers, afin de

⁹⁷⁸ Nous soulignons. Document de travail des services de la Commission, *Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document : Proposition de direction du Parlement européen et du Conseil sur le cadre juridique de l'Union relatif aux infractions et aux sanctions douanières*, 13 déc. 2013, COM(2013) 513, p. 3.

⁹⁷⁹ I. RODOPOULOUS, « Un "langage commun" sans "grammaire commune" ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 580, 2014, pp. 454-460, spéc. pp. 457-458.

⁹⁸⁰ Étude interne, p. 40.

faciliter l'action du futur procureur européen qui ne serait pas dépendant des droits nationaux divergents. Dans cette perspective, la possibilité de ne pas respecter les traditions juridiques des États membres était le gain attendu d'un règlement. Ensuite, parce que cet argument n'est recevable que dans le contexte de l'espace, de liberté de sécurité et de justice. En effet, la mention de la tradition juridique des États membres renvoie implicitement à l'article 67§1 TFUE : « *l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* ». Or, cet article est directement lié aux articles 82 et suivants du TFUE.

475. Enfin, la Commission européenne a pu présenter plusieurs fois l'article 325§4 TFUE et l'article 83 TFUE comme des bases juridiques valides pour adopter une directive contenant des règles minimales de droit pénal⁹⁸¹. Elle s'est ainsi montrée hésitante sur la base juridique à retenir dans plusieurs communications rendues publiques, ce qui peut laisser penser qu'elle estimait avoir le choix. Ainsi, l'article 325§4 TFUE était bien conçu comme une base juridique adéquate dans la communication de politique criminelle, mais l'article 83 TFUE a été mentionné à diverses reprises comme un fondement valide pour la protection des intérêts financiers. La Commission voyait donc bien dans l'article 83§2 TFUE une base juridique permettant de fonder une future directive PIF.

476. L'ensemble des éléments abordés ci-dessus laissent penser que l'article 83§2 TFUE est la base juridique adéquate pour la future directive PIF. Néanmoins, la détermination de la Commission laisse présager l'ouverture d'une période d'incertitudes concernant les obligations pesant sur les États membres. L'éventuelle saisine de la Cour de Justice devrait les conduire à une certaine prudence et à profiter entièrement du délai de transposition. Dans une certaine mesure, le recours à l'article 325§4 TFUE permettrait

⁹⁸¹ 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*, 20 sept. 2011, COM(2011) 573 final, p. 6 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions sur 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*, 26 mai 2011, COM(2011) 293 final, p. 9 ; de manière plus anecdotique, sur son site Internet, la Commission européenne présente la protection des intérêts financiers sous l'article 83§2 TFUE relatif au « droit pénal pour la mise en œuvre des politiques de l'UE », puis, dans un autre paragraphe estime que l'article 325 permet « d'agir pour la protection des intérêts financiers de l'UE, y compris à l'aide du droit pénal », URL. : http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_fr.htm

de limiter l'éclatement du nouveau cadre juridique en matière de corruption. Il permettrait également d'imaginer l'adoption d'un acte à effet direct contenant des dispositions répressives en matière de corruption et d'affirmer la place progressivement centrale de ces problématiques, pour le moment reléguées dans des conventions de l'ancien 3^{ème} pilier. Il convient cependant de relever que, quelle que soit la base juridique retenue, la nouvelle directive PIF ne permettra pas de rationaliser le cadre juridique existant en matière de corruption.

II. La nouvelle stratification des instruments anticorruption

477. Stratification des instruments. Le choix d'un nouvel instrument limité à la protection des intérêts financiers a pour effet immédiat le maintien d'un cadre juridique européen complexe en matière de lutte contre la corruption formé par un « empilement » progressif de nouveaux textes. En outre, le contenu, encore incertain, de la future directive PIF, pourrait conduire les États membres à circonscrire sa portée en créant, par exemple, un régime spécial de prescription réservé aux hypothèses où le comportement entre dans le champ d'application du nouvel instrument européen. Les méthodes que les États membres devront employer pour articuler les obligations issues de la convention de Bruxelles et celles de la future directive PIF reste difficile à apprécier. Aussi, le recours à un instrument unifiant l'ensemble des textes européens en matière de corruption aurait été souhaitable.

478. Évolution des enjeux. À défaut, la nouvelle directive PIF doit essayer de répondre à un nouvel enjeu. Hier, l'objectif de la Commission était d'adopter un instrument contraignant dans le cadre du premier pilier. Aujourd'hui, l'enjeu est double : assurer un champ d'application tant géographique (A) que matériel (B) suffisamment large pour parvenir au cadre européen le plus homogène possible.

A. Les dérogations relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice

479. Afin de parvenir un accord sur la « dépillarisation » opérée par le traité de Lisbonne, plusieurs États membres ont obtenu un régime dérogatoire à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces régimes sont définis par les protocoles n^{os} 22 et

35 au traité de Lisbonne et se sont vus reconnaître une valeur juridique équivalente à ce dernier⁹⁸².

En conséquence, le cadre juridique relatif à la lutte contre la corruption sera inévitablement à géométrie variable, les différents mécanismes dérogatoires faisant obstacle à l'objectif même des directives d'harmonisation. En effet, l'objectif de l'article 83§2 TFUE est d'assurer, par des mesures pénales jugées indispensables, la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union. Paradoxalement, certains pays seront donc soumis à la politique non pénale précitée, mais dérogeront aux mesures pénales nécessaires à sa mise en œuvre efficace. Par ailleurs, l'article 83§1 TFUE ne permettrait d'apporter aucune réponse, les pays concernés pouvant également déroger aux directives adoptées sur ce fondement. En outre, la base juridique proposée par la Commission européenne⁹⁸³ qui permettrait éventuellement, dans le cadre de la protection des intérêts financiers, de faire échec aux protocoles susmentionnés a très certainement conduit le Royaume-Uni à refuser de participer au nouvel instrument⁹⁸⁴.

À la lumière des éléments évoqués ci-dessus, les régimes du Royaume-Uni (1), de l'Irlande (2) et du Danemark (3) seront chacun abordés successivement puisqu'ils bénéficient d'un régime dérogatoire unique.

1. L'opt-out du Royaume-Uni

480. Depuis le 1^{er} décembre 2014, le Royaume-Uni est le seul État membre à n'être soumis à aucun acte de droit dérivé en matière de corruption. À moyen terme, cette situation devrait perdurer puisqu'il ne participera pas à la future directive PIF⁹⁸⁵. Or, la base juridique choisie par la Commission n'est pas étrangère à cette décision. Ayant adopté une nouvelle législation pénale particulièrement dissuasive en 2010, ce pays n'accusait d'ailleurs d'aucun retard particulier dans la transposition de ses engagements européens.

481. Il apparaît tout d'abord nécessaire de revenir sur les raisons pour lesquelles le Royaume-Uni ne participe plus aux instruments de l'ancien 3^{ème} pilier. Depuis le traité de

⁹⁸² TUE (Lisbonne), art. 51 : « Les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante ».

⁹⁸³ V. *supra*, n^{os} 461. et s.

⁹⁸⁴ V. *infra*, n^o 484.

⁹⁸⁵ La présente partie a été rédigée avant le référendum sur la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Maastricht, la méfiance du Royaume-Uni vis-à-vis de tout transfert de compétence pénale vers l'Union européenne⁹⁸⁶ l'avait conduit à négocier un régime dérogatoire dans certains domaines. Il était cependant soumis à l'ensemble des instruments de l'UE destinés à lutter contre la corruption. Or, le traité de Lisbonne, qui constitue une étape supplémentaire dans la construction européenne, a souhaité étendre les attributions de la Commission et de la Cour de Justice aux actes déjà adoptés sur le fondement du titre VI de l'ancien Traité sur l'Union européenne. Afin de tenir compte de ce bouleversement, une période transitoire de 5 ans a été aménagée durant laquelle les attributions des deux institutions susmentionnées n'ont pas été modifiées.

Le Royaume-Uni, réticent devant ces nouvelles compétences, s'est donc réservé la possibilité de ne plus être soumis à l'ensemble des instruments concernés. La décision de recourir à cette faculté d'*opt-out* général devait être notifiée au plus tard 6 mois avant l'issue de la période transitoire. Conformément à l'article 10§4 du protocole n° 36 au traité de Lisbonne, il a finalement décidé de procéder à cet *opt-out* général quelques jours avant l'échéance⁹⁸⁷. Il était concomitamment prévu une faculté d'*opt-back-in*, permettant au Royaume-Uni d'indiquer, au cas par cas, les instruments auxquels il souhaitait adhérer de nouveau. Or, ni le premier protocole à la convention PIF, ni la convention de Bruxelles, ni la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé ne figurent sur la liste dressée par le gouvernement anglais.

482. La participation du Royaume-Uni, aux directives post-Lisbonne d'harmonisation du droit pénal matériel d'une manière générale, et à la nouvelle directive PIF en particulier, s'avère donc particulièrement importante pour garantir une certaine uniformité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

En effet, le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficient d'un régime particulier, prévu par le protocole n° 21 au traité de Lisbonne, leur permettant de décider au cas par cas de leur participation aux nouvelles mesures envisagées. L'article premier du protocole précité prévoit que le Royaume-Uni ne participe à l'adoption d'aucun acte relevant de la troisième partie, titre V, du TFUE. Néanmoins, il peut revenir sur ce choix en notifiant sa volonté d'appliquer la mesure proposée. Cette déclaration peut alors être *ex ante*⁹⁸⁸, ce qui lui

⁹⁸⁶ Par ex., v. *supra*, n° 195.

⁹⁸⁷ V. not. H. LABAYLE, « Within you, without you : l'opt-out britannique en matière d'entraide répressive », *Europe*, n° 2, févr. 2013, étude 2.

⁹⁸⁸ Protocole 21 (Lisbonne), art. 3.

permet de participer également à la procédure législative, ou *ex post*⁹⁸⁹, c'est-à-dire à tout moment après l'adoption de la mesure⁹⁹⁰. Si le Royaume-Uni souhaite procéder à son *opt-in* avant l'adoption de l'acte, il dispose d'un délai de 3 mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative.

483. Ce régime particulier a soulevé deux problématiques, non anticipées par le traité de Lisbonne, dans le cadre de la proposition de directive PIF. En effet, la proposition étant fondée sur l'article 325§4 TFUE et non sur une disposition du titre V de la troisième partie du TFUE, il n'est pas certain que le Royaume-Uni puisse se prévaloir de ce régime dérogatoire. En outre, dans l'hypothèse où la directive serait finalement adoptée sur le fondement de l'article 83§2 TFUE, le point de départ du délai d'*opt-in* n'est prévu dans aucune disposition.

484. Concernant la première difficulté, le protocole n° 21 se limite, sans ambiguïté, aux mesures « relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »⁹⁹¹, ce qui n'est pas le cas de la proposition de directive PIF.

Aussi, la proposition de directive PIF a été perçue par le gouvernement anglais comme une atteinte à la souveraineté du Royaume-Uni et a été interprétée comme une tactique de la Commission pour contourner les prévisions du protocole n° 21⁹⁹². Le gouvernement anglais a donc proposé une lecture différente du protocole en estimant que son application ne dépendait pas de la base juridique formellement choisie, mais du contenu de l'acte envisagé⁹⁹³ : dès lors qu'il contient des dispositions touchant à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le Royaume-Uni serait fondé à se prévaloir du régime dérogatoire. En quelque sorte, à l'interprétation téléologique de l'article 325§4 TFUE par la Commission, le gouvernement anglais répond par une interprétation téléologique du protocole n° 21. Pour ce dernier, la version anglaise du protocole, qui retient l'expression « *pursuant to* », autoriserait une telle interprétation.

⁹⁸⁹ Protocole 21 (Lisbonne), art. 4.

⁹⁹⁰ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 70-73.

⁹⁹¹ Protocole 21 (Lisbonne), art. 1.

⁹⁹² Rapport du House of Lords' European Union Committee, *The UK's opt-in Protocol: implications of the Government's approach*, mars 2015, pp. 35-36.

⁹⁹³ *Ibid.*, pp. 11-12.

485. Cette interprétation n'est cependant pas partagée par les autres États membres⁹⁹⁴ ou par la House of Lords⁹⁹⁵. La doctrine consultée par cette dernière a d'ailleurs catégoriquement rejeté l'interprétation défendue par le gouvernement anglais. Dans le même temps, la House of Lords estime d'ailleurs que le gouvernement anglais ne produit aucun élément permettant d'accréditer l'idée selon laquelle la Commission européenne a sciemment proposé l'article 325§4 TFUE pour contourner le protocole n° 21⁹⁹⁶. Quelles que soient les motivations de la Commission, la solution ne change pas d'un point de vue juridique : il est nécessaire de choisir une base juridique adéquate pour la future directive PIF et le protocole n° 21 ne laisse aucune place à une interprétation téléologique. Le gouvernement anglais ne sera probablement pas amené à faire valoir ses arguments devant la Cour de Justice. Il ne faut pas omettre que de nombreux auteurs estiment que l'article 83§2 TFUE est la *lex specialis* en matière de droit pénal matériel et devrait fonder la nouvelle directive PIF.

486. La substitution, en cours de procédure législative, de la base juridique d'une directive entraînant l'application du protocole susmentionné a également entraîné une incertitude concernant le point de départ du délai d'*opt-in* pour le Royaume-Uni et l'Irlande. En principe, le délai court à compter « de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative ». De manière pragmatique, le Conseil a décidé que le délai devait alors courir à compter de son orientation générale. Cette position est conforme à la solution proposée en 2000 par son service juridique⁹⁹⁷, mais n'a pas été consacrée par le traité de Lisbonne. Aussi, la signature demandée aux États membres dans le procès en bas de l'orientation générale peut s'analyser comme la volonté du Conseil d'éviter toute remise en cause des décisions futures d'*opt-in*⁹⁹⁸.

487. Le gouvernement anglais s'est d'ailleurs prononcé en faveur de cette solution, estimant que la solution inverse risquerait de rendre partiellement inefficaces les

⁹⁹⁴ L'Irlande ne s'est pas prononcée ; pour le Danemark, v. *infra*, n° 489.

⁹⁹⁵ Rapport du House of Lords' European Union Committee, *The UK's opt-in Protocol: implications of the Government's approach*, mars 2015, pp. 28-29.

⁹⁹⁶ *Ibid.* p. 61.

⁹⁹⁷ Lorsque la base juridique a une incidence sur la procédure législative, le service juridique du Conseil avait suggéré en 2000 de retenir la date où le Conseil « décide de consulter ou de consulter à nouveau le Parlement européen ». À ce propos, v. Avis du service juridique du Conseil sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 oct. 2012, Doc. n° 15309/12, para. 24.

⁹⁹⁸ Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI, 3 juin 2013, Doc. n° 10232/13, p. 2.

dispositions du protocole⁹⁹⁹. Il faut cependant souligner une incohérence dans la position qu'il défend : s'il est nécessaire de faire prévaloir le contenu de l'acte sur son fondement juridique formel pour déterminer l'applicabilité du le protocole, il est alors difficile de soutenir dans le même temps que le point de départ du délai d'*opt-in* est l'orientation générale. Le gouvernement anglais aurait dû se prononcer dans les trois premiers mois de la proposition soumise par la Commission. Devant les nombreuses incertitudes concernant le contenu et la portée de la nouvelle directive PIF, le Royaume-Uni a choisi de ne pas user de sa faculté d'*opt-in*¹⁰⁰⁰.

2. L'opt-in de l'Irlande

488. L'Irlande bénéficie du même protocole que le Royaume-Uni¹⁰⁰¹, mais a adopté une attitude radicalement différente. En effet, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle se distingue en adhérant à la plupart des instruments adoptés sur le fondement du titre V¹⁰⁰². Malgré ses inquiétudes, le gouvernement irlandais a donc pris acte de la décision du Conseil de choisir un autre point de départ pour le délai d'*opt-in* : elle a sollicité¹⁰⁰³ et obtenu¹⁰⁰⁴, au plan interne, l'autorisation de procéder à celui-ci. Par conséquent, l'Irlande est en mesure de participer aux discussions et aux votes relatifs à la proposition : elle sera soumise, au même titre que tous les autres États membres, à la directive PIF dès son adoption. Il s'agira cependant du seul pays qui ne participera pas, dans le même temps, au règlement sur le procureur européen.

3. L'opt-out du Danemark

489. À la suite de l'échec du référendum relatif au traité de Maastricht¹⁰⁰⁵, et du Conseil européen d'Édimbourg du 12 décembre 1992, le Danemark a adopté une position

⁹⁹⁹ Rapport du House of Lords' European Union Committee, *The UK's opt-in Protocol: implications of the Government's approach*, mars 2015, p. 63.

¹⁰⁰⁰ Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI, 22 sept. 2014, Doc. n° 13472/14, p. 2.

¹⁰⁰¹ V. *supra*, n° 482.

¹⁰⁰² D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, p. 71.

¹⁰⁰³ Discours du Ministre de la Justice irlandais, 17 juill. 2013, URL : <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/SP13000304>

¹⁰⁰⁴ Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI, 22 sept. 2014, Doc. n° 13472/14, p. 2.

¹⁰⁰⁵ À ce propos, v. A. DEBOVE, « 2 juin 1992 : Le non danois au traité de Maastricht : appréhensions et maladresses », *Le Monde* [En ligne], 12 juin 2008, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2008/06/12/2-juin-1992-le-non-danois-au-traite-de-maastricht-apprehensions-et-maladresses_1057094_3214.html

radicale concernant les actes qui relèvent de la coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal¹⁰⁰⁶. Il a ainsi bénéficié d'un régime dérogatoire depuis le traité d'Amsterdam, renégocié dans le cadre du traité de Lisbonne. Aux termes du protocole n° 22, le Danemark « *ne participe pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Il ne sera donc pas soumis à la future directive PIF et ne bénéficie d'aucun opt-in pour revenir sur cette décision. Contrairement au gouvernement anglais¹⁰⁰⁷, le Danemark semble admettre qu'il ne pourra pas se prévaloir du régime dérogatoire si la directive est adoptée sur le fondement de l'article 325§4 TFUE : « *la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE, initialement fondée sur l'article 325 TFUE n'est pas couverte par la réserve. Le Conseil et le Parlement européen sont cependant tombés d'accord sur le fait que la base légale de la proposition devrait être modifiée pour l'article 83, paragraphe 2 du TFUE qui est couvert par la réserve* »¹⁰⁰⁸. Il a tenu compte de la décision du Conseil de modifier la base juridique et estime donc qu'il ne participera pas au vote en 1^{ère} lecture du Conseil.

490. En raison des prévisions du protocole n° 23, la situation du Danemark se distingue de celle du Royaume-Uni qui n'est plus soumis à aucun instrument d'harmonisation du droit pénal substantiel. En effet, à l'égard des autres États membres, le Danemark devrait rester lié par la convention PIF et ses protocoles, y compris après l'entrée en vigueur de la directive PIF. Néanmoins, l'article 16 de la proposition de directive prévoit expressément l'abrogation des conventions du 3^{ème} pilier, sans distinguer les États qui participeront ou non à la directive PIF. Le service juridique du Conseil a proposé de tenir compte de la particularité du Danemark et d'amender la proposition en ce sens¹⁰⁰⁹. Son avis a été suivi par le Conseil dans son orientation générale, mais non par le Parlement européen dans sa position de 1^{ère} lecture, ce qui complique son adoption

¹⁰⁰⁶ H. LABAYLE, « Espace de liberté, sécurité et justice . - Cadre général », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 2625, 1^{er} sept. 2012, n^{os} 36-41.

¹⁰⁰⁷ V. *supra*, n° 484.

¹⁰⁰⁸ Note de synthèse du Ministère de la Justice danois, 25 novembre 2014, Doc. n° 1390408, point 7 : « *Forslaget til direktiv om strafferetlig bekæmpelse af sving rettet mod EU's finansielle interesser er oprindeligt fremsat med hjemmel i TEUF artikel 325, der ikke er omfattet af retsforbeholdet. Rådet og Europa-Parlamentet er imidlertid enige om, at hjemlen for forslaget skal ændres til TEUF artikel 83, stk. 2, der er omfattet af retsforbeholdet* ». URL <http://www.ft.dk/samling/20141/almdel/uui/bilag/33/1425545/index.htm>

¹⁰⁰⁹ Avis du service juridique du Conseil sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 octobre 2012, Doc. n° 15309/12, 2012/0193(COD), para. 23-24.

finale puisque cette dernière nécessite désormais une 2^{ème} lecture, conformément à l'article 294§5 TFUE.

Si le Conseil décide de renoncer à cette modification, il subsistera alors une ambiguïté. Il n'est pas certain que le régime soit suffisamment déterminé par le protocole précité. En effet, l'article 2 *in fine* du protocole n° 22 prévoit : « *les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui sont modifiés continuent de lier le Danemark et d'être applicables à son égard inchangés* ». Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 16 de la proposition de directive, il n'y a pas de modification mais bien une abrogation. En outre, l'article 9 du protocole n° 36 distingue bien l'abrogation, l'annulation ou la modification d'un acte : « les effets juridiques des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Il en va de même des conventions conclues entre les États membres sur la base du traité sur l'Union européenne ». La procédure d'adoption de la directive PIF pourrait ainsi se trouver compliquée par la rédaction imprécise d'une disposition mineure.

491. La position du Danemark est susceptible d'évoluer dans deux directions différentes. Il peut tout d'abord décider de bénéficier du même régime que celui accordé au Royaume-Uni et à l'Irlande et ainsi procéder à un *opt-in* casuistique¹⁰¹⁰. Il peut également procéder à un *opt-in* général en renonçant définitivement à l'application du protocole concerné¹⁰¹¹. L'échec du referendum danois en décembre 2015 laisse cependant présager un maintien du *opt-out* général¹⁰¹².

B. Les limites de l'harmonisation pénale accessoire

492. La remise en cause du contenu de la directive PIF peut avoir deux incidences. La première est la saisine de la Cour de Justice dans l'optique d'obtenir l'annulation d'une disposition non couverte par l'article 83§2 TFUE. Dans ce contexte, certains États

¹⁰¹⁰ Protocole 22 (Lisbonne), art. 8.

¹⁰¹¹ Protocole 22 (Lisbonne), art. 7.

¹⁰¹² « Les Danois votent contre une coopération policière renforcée avec l'UE », *Le Monde* [en Ligne], 3 déc. 2015, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/12/03/les-danois-votent-contre-une-cooperation-policiere-renforcee-avec-l-union-europeenne_4823846_3214.html

membres vont éventuellement attendre la décision des juges européens avant de bouleverser leur droit interne. La seconde conséquence est l'incertitude concernant la compétence de l'Union en matière pénale, du moins tant qu'aucune décision à ce sujet n'aura été rendue. L'examen des dispositions concernées apparaît dès lors essentiel. Si ces dernières sont considérées comme valides, l'adoption d'un instrument ambitieux en matière de corruption peut être envisagée puisque l'article 83§1 TFUE prévoit également, dans des domaines déterminés, l'édiction de « *règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* ».

Toutefois, certains doutes peuvent être émis tant sur le contenu final (1) que sur la transposition (2) de la directive PIF proposée.

1. Le contenu incertain de la directive PIF

493. L'Union européenne ayant une compétence d'attribution¹⁰¹³, la modification de la base juridique d'un acte de droit dérivé nécessite un nouvel examen de son contenu. L'orientation générale du Conseil et la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen, en modifiant la base juridique de la proposition de directive PIF, conduisent donc à s'interroger sur les limites de l'article 83§2 TFUE. En effet, l'article 325§4 TFUE permet l'adoption de toutes les « *mesures nécessaires* » dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude alors que l'article 83§2 TFUE est limité à l'édiction de directives établissant des « *règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* ». La consécration de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'harmonisation pénale accessoire va de pair avec un élargissement des compétences¹⁰¹⁴, mais celui-ci semble modéré.

494. De *prima facie*, le libellé de l'article 83§2 TFUE limite clairement la compétence de l'Union quant au contenu des directives adoptées sur ce fondement. En

¹⁰¹³ TUE (Lisbonne), art. 5.

¹⁰¹⁴ CJCE, Grande Chambre, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03 (ECLI:EU:C:2005:542), Rec. 2005, p. I-7879, point 48 : « Cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement. » ; *adde* CJCE, Grande Chambre, 23

principe, toutes les dispositions qui ne constituent pas des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions devraient être du ressort des États membres¹⁰¹⁵. Il ne faut pas minimiser la compétence de l'Union puisque dans ce partage du pouvoir d'incriminer, les choix essentiels reviennent bien à l'Union¹⁰¹⁶.

495. Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, plusieurs dispositions d'accompagnement sont systématiquement insérées dans les instruments d'harmonisation du droit pénal matériel. Ces mesures ne sont pas destinées à harmoniser les concepts du droit pénal général, mais à garantir que l'État membre sera doté des règles suffisantes pour poursuivre effectivement les auteurs des infractions concernées. Il s'agit de se prémunir de l'État membre qui réprimerait, par exemple, la corruption active d'un agent public étranger, mais qui n'affirmerait pas sa compétence lorsque l'auteur d'une infraction commise à l'étranger est l'un de ses ressortissants. La proposition de directive PIF ne déroge pas à cette pratique.

496. Plusieurs éléments permettent d'avancer que ces dispositions, qui ne participent pas à la définition des infractions et des sanctions, ne seront pas contestées. Tout d'abord, il n'existe pas de raison de revenir sur l'interprétation retenue à propos de l'article 31§1, point e du Traité sur l'Union européenne¹⁰¹⁷. La majorité des décisions-cadre antérieures au traité de Lisbonne prévoient la nature et l'intensité de la sanction, la responsabilité des personnes morales et la compétence des États membres.

De surcroît, la Commission et le Conseil ont chacun entériné les prévisions relatives à l'incitation, la complicité, la tentative, la responsabilité des personnes morales et la compétence juridictionnelle dans des communications séparées sur les dispositions types des directives d'harmonisation du droit pénal substantiel post-Lisbonne¹⁰¹⁸. Aussi, la seule

octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), Rec. 2007, p. I-9097.

¹⁰¹⁵ En ce sens, v. H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, éd. Beck / Hart / Nomos, 2012, pp. 53-57, spéc. p. 57.

¹⁰¹⁶ En ce sens, v. E. RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC*, 2009, pp. 501 et s.

¹⁰¹⁷ TUE (Amsterdam), art. 31§1, point e : « *L'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à : [...] adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* ».

¹⁰¹⁸ Note de la présidence du Conseil, *Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal*, 27 nov. 2009, Doc. n° 16542/2/09 REV 2 ; 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* :

directive adoptée jusqu'à présent sur le fondement de l'article 83§2 TFUE intègre logiquement les dispositions types susmentionnées qui n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

Enfin, la doctrine a déjà souligné que le contenu des directives d'harmonisation commençait à s'étoffer depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Cette approche « holistique » de l'Union¹⁰¹⁹ tend à se généraliser. Par exemple, certains articles concernent désormais l'aide et la protection des victimes¹⁰²⁰ ou la formation¹⁰²¹, même s'il faut souligner qu'une seconde base juridique relative à la procédure pénale est parfois visée¹⁰²². Il résulte de ce qui précède que la doctrine majoritaire s'accorde sur la souplesse minimale qu'il convient d'accorder aux directives de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La base légale choisie apparaît ici indifférente.

497. La remise en cause des dispositions non récurrentes dans les directives d'harmonisation n'est donc pas surprenante : l'article 8§1 (sanctions minimales), l'article 12 (prescription) et l'article 15 (coopération entre les États membres, Eurojust et la Commission)¹⁰²³. Aussi, l'ajout, dans la présente étude, des amendements du Parlement européen posant une obligation de signalement des infractions à l'égard des fonctionnaires de l'Union européenne et de certaines institutions ou de certains organes nationaux s'avère cohérent¹⁰²⁴.

498. Or, à l'exception de leur caractère original, il est difficile de concevoir les raisons pour lesquelles ces dispositions ne devraient pas également être qualifiées de « mesures d'accompagnement » couvertes par l'article 83§2 TFUE. En effet, elles ont

assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, 20 sept. 2011, COM(2011) 573 final, pp. 9-10.

¹⁰¹⁹ En ce sens, v. D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 295-296.

¹⁰²⁰ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, art. 11 à 17, *JOUE* L 101 du 15 avril 2011, pp. 1-11.

¹⁰²¹ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, art. 11, *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, pp. 179-189.

¹⁰²² Par ex., la directive relative à la lutte contre la traite des êtres humains vise également l'article 82§2 TFUE qui prévoit la possibilité d'adopter une directive pour établir des règles minimales relatives notamment aux droits des victimes de la criminalité.

¹⁰²³ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12.

¹⁰²⁴ Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-0427/2014, art. 15.

toutes en commun de chercher à assurer l'effectivité de la répression des infractions créées tout en ayant un lien étroit avec celles-ci. Dans le cas de l'obligation de signalement, il s'agit de faciliter la découverte difficile d'infractions dites occultes. Dans celui de la prescription, il est aménagé le temps nécessaire à la conduite d'enquêtes complexes et au prononcé d'un jugement définitif. De même, dans l'hypothèse où l'affaire est transnationale, l'article 15 de la directive proposée permet de favoriser la coopération et la transmission d'informations. Enfin, l'instauration de sanctions minimales obligatoires cherche à lutter contre les décisions judiciaires trop faibles, qui sont susceptibles de favoriser la pratique du *forum shopping*. Il ne s'agit donc pas d'opérer un rapprochement complet du droit pénal général des États membres.

499. Par conséquent, si l'on ne se réfère qu'au libellé de l'article 83§2 TFUE, celui-ci devrait couvrir toutes les dispositions de la proposition de directive PIF. Cela s'explique tant par l'interprétation large de l'article 83§2 TFUE que par la volonté de la Commission de faire primer, malgré la portée de l'article 325§4 TFUE, l'harmonisation par le biais d'une directive sur l'unification par le biais d'un règlement.

Néanmoins, si l'on tient compte du traité de Lisbonne dans son ensemble, toutes les mesures d'accompagnement doivent respecter cumulativement trois critères. Premièrement, il doit évidemment exister un lien étroit entre les infractions créées et les dispositions d'accompagnement pour bénéficier de l'interprétation large de l'article 83§2 TFUE. Il est donc nécessaire de démontrer, de préférence à la lumière d'une expérience déjà acquise comme c'est le cas pour la fraude ou pour la corruption, que la mesure envisagée cherche à lutter contre une carence des États membres ayant un impact véritable sur l'effectivité de la répression. Deuxièmement, tout acte de droit dérivé fondé sur l'article 83 TFUE doit respecter les traditions juridiques des États membres, conformément à l'obligation générale posée à l'article 67 TFUE¹⁰²⁵. Troisièmement, il est nécessaire de respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité, même si le contrôle de ces derniers peut s'avérer insuffisant¹⁰²⁶. Or, l'examen séparé des quatre

¹⁰²⁵ Ce qui n'est pas le cas des actes adoptés sur le fondement de l'article 325§4 TFUE.

¹⁰²⁶ Sur la faible barrière de la subsidiarité, v. M. VAN DE KERCHOVE, « Le principe de subsidiarité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 27-46, spéc. p. 40 ; X. PIN, « Subsidiarité versus efficacité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 47-57 ; A. BERNARDI, « L'harmonisation pénale accessoire », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES,

dispositions susmentionnées laisse entrevoir différents fondements pour demander leur annulation.

500. L'article 8§1 de la directive PIF proposée, relatif aux sanctions minimales obligatoires, a bien pour objet l'édiction de sanctions et est donc expressément couvert par l'article 83§2 TFUE. Il s'agit paradoxalement du texte qui doit faire l'objet de la plus grande réserve. Un auteur a ainsi remarqué, avant la communication de la proposition de directive PIF, que l'article 83§2 TFUE permet d'établir le contenu de la sanction et le plafond de la peine en question mais qu'au contraire, « *il serait incongru de prétendre que les "normes pénales modèles" européennes peuvent dicter des dispositions concernant le minimum de peine prévu, étant donné que certains États membres, comme la France, ne prévoient pas de minimum applicable en cas de violation des normes d'incrimination* »¹⁰²⁷. Si cette disposition venait tout de même à être adoptée à la majorité qualifiée, l'obligation, posée à l'article 67 TFUE, de respecter les différents systèmes et traditions juridiques pourrait justifier un recours en annulation devant la CJUE. Cependant, il faut relever que l'atteinte aux traditions juridiques relève davantage de la diminution corrélative du pouvoir d'appréciation du juge national que de l'édiction d'une sanction inconnue¹⁰²⁸. Il y a ici des répercussions profondes sur l'équilibre du droit interne qui ne peut se satisfaire d'un régime d'exception pour certaines infractions.

501. L'article 15 de la proposition de directive PIF soulève également plusieurs interrogations :

« 1. Les États membres collaborent mutuellement avec la Commission dans le domaine de la lutte contre les infractions pénales visées au titre II. À cette fin, la Commission prête toute l'assistance technique et opérationnelle nécessaire afin de faciliter la coordination des investigations engagées par les autorités nationales compétentes.

2. Les autorités compétentes des États membres peuvent échanger des éléments d'information avec la Commission aux fins de faciliter l'établissement des faits et d'assurer une action efficace contre les infractions pénales visées au titre II. La Commission et les autorités nationales compétentes tiennent compte, pour chaque cas spécifique, des exigences du secret de l'instruction et de la protection des données. À cette fin, lorsqu'un État membre fournit des informations à la

Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 153-184, spéc. pp. 173-174.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, spéc. p. 175, note 65.

¹⁰²⁸ Aussi le fait d'imposer l'édiction d'une sanction alternative ne serait pas nécessairement contraire au système juridique d'un Etat membre même si celui-ci ne connaît pas cette sanction dans son droit interne.

Commission, il est en droit de fixer des conditions spécifiques régissant l'utilisation de ces informations par la Commission comme par tout autre État membre auquel ces informations pourraient être transmises ».

502. Initialement, il s'agissait d'une simple reprise de l'article 7 du second protocole à la convention PIF. Son objet était principalement de confier une mission d'assistance technique et opérationnelle à la Commission et d'organiser la coopération et l'échange d'information entre la Commission et les États membres. Le Parlement européen a étendu cet article à Eurojust. Or, dans les deux cas, il faut relever qu'une directive n'est pas destinée aux institutions ou aux agences européennes, mais s'adresse exclusivement aux États membres. La réitération *a minima* de la déclaration faite par la Commission au moment de l'adoption du deuxième protocole PIF afin d'accepter la mission ainsi confiée apparaît donc nécessaire¹⁰²⁹.

De plus, il est possible de se demander si cette disposition, qui n'est initialement que le prolongement de l'article 6 de la convention PIF¹⁰³⁰ et de l'article 10 du second protocole¹⁰³¹, ne devrait pas être incluse dans un instrument séparé. À titre d'exemple, la directive concernant la prévention de la traite des êtres humains impose la transmission d'informations au coordinateur européen¹⁰³², mais ne se préoccupe pas de l'existence ou de la mission de ce dernier qui font l'objet de décisions séparées de la Commission¹⁰³³. Il serait alors envisageable de réduire l'article 15 de la directive PIF à la seule obligation des États membres de coopérer avec la Commission et éventuellement, de l'insérer dans le préambule. Il s'agit d'ailleurs de la seule disposition qui a fait l'objet d'une réserve de la part du service juridique du Conseil dans le cadre de l'examen de la base légale¹⁰³⁴.

¹⁰²⁹ Déclaration de la Commission concernant l'article 7 annexée au deuxième protocole PIF : « La Commission accepte les fonctions qui lui sont confiées à l'article 7 du deuxième protocole additionnel à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ».

¹⁰³⁰ L'article 6 de la convention PIF est relative à la coopération (coopération entre les États membres concernés en cas de fraude transnationale et concertation pour centraliser les poursuites dans un seul État membre).

¹⁰³¹ L'article 10 du second protocole PIF est relatif à la communication de données à d'autres États membres et à des pays tiers.

¹⁰³² Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, art. 20, *JOUE* L 101 du 15 avril 2011, pp. 1-11.

¹⁰³³ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission nomme un coordonnateur européen de la lutte contre la traite des êtres humains », 14 déc. 2010, IP/10/1715. À ce propos, v. Décision 2011/502/UE de la Commission du 10 août 2011 portant création du « groupe d'experts sur la traite des êtres humains » et abrogeant la décision 2007/675/CE, *JOUE* L 207 du 12 août 2011, pp. 14-21.

¹⁰³⁴ Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. n° 18058/12, para. 7.

503. L'obligation de signalement issue de la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen, et plus particulièrement celle pesant sur les fonctionnaires de l'Union, peut également recevoir plusieurs critiques :

« 2 bis. La Cour des comptes, les institutions d'audit nationales (par exemple pour l'audit d'opérations dans le cadre de dispositifs de gestion partagée) et les auditeurs chargés d'une mission d'audit des budgets des institutions, organes et organismes institués en application des traités ou des budgets gérés et contrôlés par les institutions, révèlent à l'OLAF les infractions pénales dont ils ont connaissance au cours de leur mission.

2 ter. Les fonctionnaires de l'Union révèlent à l'OLAF les infractions pénales dont ils ont connaissance au cours de leur mission ».

Une nouvelle fois, il s'agit d'une disposition qui ne crée aucune infraction. L'amendement initial faisait sens, car il prévoyait la faculté de sanctionner pénalement les fonctionnaires européens qui manqueraient à leur obligation de signalement. Mais cette prescription a disparu au profit d'une obligation générale non sanctionnée, ce qui fait perdre au texte une grande partie de son intérêt. De surcroît, cet article fait parfois double emploi. Il suffit par exemple de relever qu'une telle obligation existe déjà dans l'accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission¹⁰³⁵.

504. Quant à la question de la prescription, elle se justifie car elle est étroitement liée aux problématiques de corruption et constitue donc bien une mesure d'accompagnement précieuse. Néanmoins, l'article 12 de la proposition de directive PIF, relatif à la prescription des infractions portant atteinte aux intérêts financiers, pourrait faire l'objet d'un recours devant la CJUE sur plusieurs fondements. Tout d'abord, du fait du manque de souplesse du texte, certains États membres peuvent estimer que l'article 12 est contraire à l'article 67 TFUE et porte atteinte à leur système juridique. En effet, certains États membres privilégient les périodes de prescription courtes, mais équilibrent ce choix par la multiplication des causes d'interruption ou de suspension ou encore en retardant le point de départ des délais. L'article 12 précité impose aux États membres une période de cinq ans à compter de la date à laquelle l'infraction a été commise, ce qui est susceptible de bouleverser certains équilibres internes qui sont pourtant satisfaisants. Il est ensuite

¹⁰³⁵ 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'Office européen de Lutte Antifraude (OLAF), JOCE L 136 du 31 mai 1999, pp. 15-19.

possible de se demander si l'article 12§3, relatif à la prescription des condamnations définitives, respecte le principe de subsidiarité. En effet, il n'est avancé par la Commission aucune carence particulière à ce sujet et l'intervention de l'Union européenne paraît dès lors inutile. Enfin, contrairement à ce qu'avance la commission JURI, l'article 12 de la directive PIF proposée n'est pas nécessairement couvert par l'article 83§2 TFUE. Il s'agit de règles essentiellement procédurales dont la précision est susceptible, comme cela a déjà été souligné ci-dessus, de modifier les équilibres internes de plusieurs États membres. De surcroît, le traité de Lisbonne a consacré, à l'article 82§2 TFUE, une base juridique dédiée à l'adoption de règles minimales en matière de procédure pénale. Or, cette dernière ne couvre pour le moment pas la question de la prescription. Il paraissait dès lors plus prudent, même si beaucoup moins efficace, de s'en tenir dans la proposition de directive PIF à une formulation générale comme cela a été choisi dans les directives relatives à la traite des êtres humains¹⁰³⁶ et à l'exploitation sexuelle des enfants¹⁰³⁷. L'orientation générale du Conseil va d'ailleurs dans ce sens, mais le Parlement européen n'a adopté aucun amendement à ce sujet. Aussi, l'article 12 continue d'être une problématique centrale lors des trilogues¹⁰³⁸.

505. Les mesures d'accompagnement ne sont pas, en tant que telles, susceptibles d'influencer le choix de la base juridique. C'est, au contraire, la modification de la base juridique de la directive PIF qui pourrait entraîner une remise en cause partielle de son contenu. Aussi, les États membres pourraient se montrer extrêmement prudents lors de la transposition et attendre une saisine de la CJUE si l'une des quatre dispositions étudiées ci-dessus venait à être adoptée en l'état. Néanmoins, il est possible de relever dès à présent que l'annulation d'une disposition d'accompagnement n'entraînera pas nécessairement l'annulation de l'acte comme cela a pu être le cas en 2007¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, art. 9§2, JO L 101 du 15 avril 2011, pp. 1-11.

¹⁰³⁷ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, art. 15§2, JOUE L 335 du 17 déc. 2011, pp. 1-14.

¹⁰³⁸ Note de la Présidence du Conseil, 27 nov. 2014, Doc n° 15221/14, p. 2.

¹⁰³⁹ CJCE, Grande Chambre, 23 octobre 2007, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), §74, Rec. 2007, p. I-9097 : « *Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que la décision-cadre 2005/667, en empiétant sur les compétences que l'article 80, paragraphe 2, CE attribue à la Communauté, méconnaît l'article 47 UE et doit, en raison de son indivisibilité, être annulée dans son ensemble* ».

De surcroît, il est possible d'observer un contenu toujours plus étoffé des directives d'harmonisation, qui ne se contentent plus de reprendre des dispositions-types afin d'accompagner les obligations d'incrimination issues de l'Union européenne. La directive PIF devrait confirmer ce mouvement surtout si la disposition sur la prescription est conservée. Il serait alors envisageable d'adopter un instrument particulièrement large en matière de corruption qui ne bénéficierait pas uniquement d'un contrôle juridictionnel, mais garantirait une certaine efficacité dès l'origine grâce à de nouvelles mesures d'harmonisation. L'adoption d'un tel instrument s'avère d'autant plus nécessaire que le fait de moderniser les règles de corruption uniquement dans le cadre de la fraude aux intérêts financiers risque un problème d'articulation des règles et de lisibilité du cadre juridique.

2. Les difficultés de transposition

506. Selon le texte finalement adopté à l'issue de la procédure législative ordinaire, des difficultés de transposition peuvent être anticipées.

Tout d'abord, la marge d'appréciation laissée aux États membres n'est pas toujours claire. Parmi les dispositions-type, la responsabilité des personnes morales reste une obligation à la portée incertaine puisque de nombreux États membres ne se sont toujours pas conformés, ou partiellement, aux prescriptions européennes, dont la France¹⁰⁴⁰. Alors que la Commission semblait se dédouaner sous le traité d'Amsterdam en arguant de l'impossibilité de saisir la Cour de Justice¹⁰⁴¹, elle ne semble pas avoir adopté une attitude différente depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ou depuis la fin de la période transitoire. Pourtant, il convient de relever que la directive PIF confirme le choix de l'Union européenne de délaisser la responsabilité pénale des chefs d'entreprise au profit de la responsabilité des personnes morales, puisque cette obligation était présente dans le premier protocole¹⁰⁴², mais n'est pas reprise dans la proposition de directive.

¹⁰⁴⁰ V., par ex., Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, pp. 7-8.

¹⁰⁴¹ Par ex., Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JHA du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 5 : « La Commission n'étant pas habilitée, dans le cadre du troisième pilier, à engager une procédure d'infraction contre un État membre, la nature et l'objet du présent rapport se limitent à une évaluation factuelle des mesures de transposition adoptées ».

¹⁰⁴² Premier protocole PIF, art. 7.

La marge d'appréciation des États membres n'est pas non plus bien définie en ce qui concerne les sanctions minimales ou encore la prescription. En effet, dans le premier cas, la Commission a précisé, à un seul État membre, qu'elle laissera une forte marge d'appréciation, malgré le fait que la directive elle-même ne prévoit rien en ce sens. Dans le second cas, si le texte finalement adopté est plus proche de l'orientation générale du Conseil que de celui de la Commission, il existera aussi une incertitude sur la nécessité d'opérer certaines modifications en droit interne.

507. Ensuite, et de manière plus problématique car l'exercice pourrait s'avérer particulièrement ardu pour le législateur, l'articulation entre les obligations issues de la future directive PIF et celles de la convention de Bruxelles paraît laborieuse. En effet, la convention de Bruxelles a été initialement conçue comme étendant les obligations issues du premier protocole. Il n'y avait donc pas d'articulation particulière, sauf en matière de responsabilité des personnes morales incluse uniquement dans le second protocole. Avec l'adoption de la directive PIF, il se crée une forme de régime spécial pour la corruption qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne qui dérogerait au régime général de la convention de Bruxelles, elle-même dérogeant aux autres règles applicables et parfois issues d'autres instruments internationaux. Or, cette articulation complexe ne résulte pas d'une volonté expresse, mais s'apparente à un dommage collatéral de la stratégie adoptée par la Commission en ce qui concerne les infractions de corruption.

De manière concrète, en fonction de si l'on se trouve ou non dans le cadre de la protection des intérêts financiers, ce qui peut s'avérer difficile à déterminer en amont de l'enquête, il y aurait une superposition des obligations pesant sur le fonctionnaire d'un côté, l'agent public de l'autre ; une définition différente de la corruption ; des règles différentes concernant les sanctions, la compétence et la prescription. Enfin, il existe une incertitude forte concernant le sort de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. En effet, selon la convention de Bruxelles, dans le cas d'un acte de corruption active d'un fonctionnaire européen, le chef d'entreprise doit pouvoir être tenu pénalement responsable. Mais, s'agissant des agents publics, la directive PIF a supprimé cette obligation. Doit-on y voir la création d'un régime spécial ou même, pour la première fois, un choix en faveur de la dépénalisation d'un comportement ? Il serait pourtant paradoxal que le chef d'entreprise soit tenu pénalement responsable uniquement si les intérêts financiers de l'Union ne sont pas en jeu. Au contraire, il serait possible d'estimer que,

dans le silence de la directive PIF, il faut se référer en toute situation à la convention de Bruxelles. En réalité, il est probable que, dans les faits, l'Union européenne se soit entièrement désintéressée de cette question et que les États membres aient retrouvé une liberté en la matière. Mais, en droit, le maintien de la convention de Bruxelles rend incertaine la solution et contribue à amplifier la complexité du cadre juridique à venir. Cette complexité ne se retrouvera pas nécessairement en droit interne : la directive PIF pourrait avoir un effet d'entraînement, le législateur refusant de créer des régimes spéciaux pour chaque infraction. Mais il reste possible de craindre que cet effet ne soit pas uniforme sur tout le territoire de l'Union.

508. À l'issue de la période de transposition de la directive PIF, un certain nombre d'incertitudes devraient être levées. Néanmoins, il devrait être de nouveau nécessaire de distinguer les situations où il y a une atteinte ou un risque d'atteinte aux intérêts financiers des autres situations. C'est en partie cette difficulté qui avait incité l'Union européenne à adopter rapidement un instrument plus large qui ne se limite pas à la protection des intérêts financiers, anticipant l'adoption des autres conventions internationales (OCDE, Conseil de l'Europe et ONU). Il est donc difficile de voir un progrès dans le retour à un régime spécifique pour une infraction aussi étroite.

SECTION II. La mise en place d'une stratégie anticorruption globale

509. Le rôle de l'UE dans l'harmonisation des législations pénales en matière de lutte contre la corruption ne se résume pas à l'adoption d'instruments sur le plan interne. Très tôt, l'UE prend conscience de la nécessité d'une lutte entreprise au niveau global et non uniquement régional : « *la Commission a la ferme intention de réduire la corruption à tous les niveaux, d'une manière cohérente à l'intérieur des institutions de l'UE, dans les États membres de l'UE et en dehors de l'UE, qu'il s'agisse de la corruption politique, des*

actes de corruption commis par des groupes criminels organisés ou en complicité avec de tels groupes, de la corruption dans le secteur privé ou de la “petite corruption” »¹⁰⁴³.

Or, la compétence de l'Union en matière pénale, qui est dépendante du transfert total ou partiel de souveraineté consenti par les États membres, a limité la nature, le contenu et la portée des instruments que cette dernière a pu adopter. En effet, toute initiative de l'Union européenne a été rattachée à un objectif prédéterminé dans le droit primaire : la protection des intérêts financiers, la coopération judiciaire en matière pénale, la protection du marché intérieur et, dans une moindre mesure, le respect de l'État de droit¹⁰⁴⁴.

510. Aussi, afin d'influencer plus largement le droit positif des États membres, l'UE a adopté une stratégie particulièrement ambitieuse. Dans le but d'inciter tous les États à participer aux autres conventions internationales et à leur mécanisme de suivi, elle a non seulement intégré la lutte contre la corruption dans ses relations avec les pays candidats et dans sa politique de voisinage, mais a surtout participé activement à l'élaboration et à la ratification des autres traités relatifs à la lutte contre la corruption (adoptés dans le cadre de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'ONU). Aussi, à côté de l'action interne initiée dans les années 1990, l'UE a parallèlement mené une action externe, favorisant la multiplication des sources internationales pesant sur les États membres (I).

511. Après le traité de Lisbonne, l'UE s'est sciemment engagée vers une amplification de l'action externe. Or, la stratégie décrite ci-dessus, qui pouvait paraître initialement cohérente, a de plus en plus tendance à se réaliser au détriment de l'action interne. Dans un contexte où les droits positifs ont largement évolué, l'intérêt des conventions et des décisions-cadre de l'UE a tendance à s'amenuiser. Dès lors, non seulement le choix opéré peut apparaître contreproductif, car il conduit à décrédibiliser l'action de l'UE dans la lutte contre la corruption, mais il a pour effet de délaisser entièrement les nouvelles possibilités offertes par le traité de Lisbonne. Aussi, l'action externe présente des limites dont il n'est pas tenu compte dans la nouvelle stratégie

¹⁰⁴³ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 6.

¹⁰⁴⁴ Pour une étude sur la corruption au sein de l'Union européenne en fonction des buts poursuivis, v. not., V. MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, 2013, pp. 160-195.

anticorruption de l'UE, ce qui semble trahir un manque de volonté politique tant des États membres que des institutions européennes (II).

I. La diversification des sources

512. L'action de l'Union européenne peut être qualifiée d'« externe » soit lorsqu'elle cherche à influencer la législation d'un pays tiers soit lorsqu'elle a pour objectif d'influencer le droit d'un État membre par le biais d'une convention internationale ne relevant pas du troisième pilier.

513. L'UE a tout d'abord profité de la position de force dans laquelle elle se trouve à l'égard des pays candidats. En effet, ces derniers sont généralement prêts à entreprendre les réformes structurelles nécessaires à leur adhésion. L'objectif principal est de s'assurer que la corruption ne porte pas atteinte à l'État de droit et que les pays concernés présentent des garanties minimales de gouvernance. Les conditions posées dans le cadre de l'adhésion des pays de l'Est démontrent l'importance de cette problématique depuis le début des années 2000¹⁰⁴⁵. Paradoxalement, une fois que les États ont adhéré à l'Union européenne, les exigences sont souvent plus faibles à leur égard et ne sont plus axées sur la défense de l'État de droit, mais davantage sur la réalisation des autres objectifs de l'Union¹⁰⁴⁶. Toutefois, la corruption, parfois répandue, voire endémique, de certains pays de l'ancien bloc soviétique n'a pas permis, à elle seule, de disqualifier toutes les candidatures. Afin de ne pas bloquer les adhésions malgré les lacunes constatées, l'action externe a été prolongée par une action interne spécifique. C'est notamment le cas de la Bulgarie et de la Roumanie¹⁰⁴⁷ qui ont fait l'objet d'un Mécanisme de Vérification et de Coopération (ci-après, « MVC »)¹⁰⁴⁸. En 2015, les rapports établis dans le cadre du MVC

¹⁰⁴⁵ À titre d'exemple, il est demandé aux pays candidats d'adhérer à tous les instruments faisant partis de l'acquis communautaire. V., à ce propos, P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight against corruption – The evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, éd. Cambridge University Press, 2010, pp. 135-264.

¹⁰⁴⁶ V. MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, 2013, pp. 160-195, spéc. pp. 175-182.

¹⁰⁴⁷ La Roumanie et la Bulgarie sont entrés dans l'Union européenne le 1^{er} janvier 2007. V., Traité entre les États membres de l'Union européenne et la République de Bulgarie et la Roumanie, JO L 157 du 21 juin 2005, pp. 11-27.

¹⁰⁴⁸ Conclusions du Conseil du 17 octobre 2006, Doc. n° 13339/06, p. 7 ; Décision de la Commission du 13 décembre 2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Bulgarie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système

soulignaient que la corruption demeurerait un grave problème en Bulgarie¹⁰⁴⁹, mais mettaient en exergue les évolutions encourageantes observées en Roumanie¹⁰⁵⁰. La pression politique extrêmement forte à l'égard de ces deux pays se poursuit d'ailleurs dans le cadre de leur participation à l'espace Schengen, refusée en 2011 précisément en raison des problématiques de corruption¹⁰⁵¹. Le ministre de l'immigration néerlandais avait estimé à ce propos : « *nous devons avoir la certitude que l'acquis de Schengen est pleinement mis en œuvre, notamment en ce qui concerne la lutte contre la corruption et le crime organisé. Si cela n'est pas le cas, alors vous avez une porte équipée des huit meilleurs verrous au monde, mais derrière cette porte, vous avez quelqu'un qui laisse passer tout le monde et cela pose un problème sérieux* »¹⁰⁵². Pourtant, comme le souligne un membre de la Commission européenne, il ne devrait pas exister de lien entre le MVC et la participation à l'espace Schengen, qui dispose de ses propres critères d'analyse¹⁰⁵³.

La lutte contre la corruption a ensuite fait l'objet d'un volet particulier dans le cadre de la politique de voisinage¹⁰⁵⁴. En 2009, dans le cadre du bilan de la politique européenne de voisinage, la Commission européenne soulignait que : « *tous les partenaires faisant l'objet de plans d'action ont ratifié la convention des Nations unies de 2005¹⁰⁵⁵ contre la*

judiciaire et de lutte contre la corruption et la criminalité organisée, JOUE L 354 du 14 déc. 2006, pp. 58-60 ; Décision de la Commission du 13 décembre 2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption, JOUE L 354 du 14 déc. 2006, pp. 56-57.

¹⁰⁴⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Bulgarie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 28 janvier 2015, COM(2015) 36 final.

¹⁰⁵⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Roumanie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 28 janvier 2015, COM(2015) 35 final.

¹⁰⁵¹ La pression politique est ici exercée par les autres Etats membres de l'Union européenne. En effet, aux yeux de la Commission européenne, il ne devrait pas exister de lien entre le MVC et la possibilité de participer à l'espace Schengen, puisqu'il existe déjà des critères autonomes définis dans le cadre de la procédure d'adhésion. V., à ce propos, Débat en plénière au Parlement européen, *Mécanisme de coopération et de vérification: méthodologie, application actuelle et évolution à venir*, 13 mars 2013, 2013/2568(RSP).

¹⁰⁵² « L'espace Schengen recale la Bulgarie et la Roumanie », *Le Monde* [En ligne], 22 septembre 2011, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/09/22/l-espace-schengen-recale-la-bulgarie-et-la-roumanie_1576134_3214.html.

¹⁰⁵³ Débats au Parlement européen, 13 mars 2013, Intervention du commissaire Štefan Füle : « *This has not been helped by the tendency of some Member States to make a political link between Schengen and the CVM. I would like to underline here, once again, that the Commission does not support this link. The Schengen process has its own tools to assess readiness. The CVM is not designed to duplicate or replace these* ». URL : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20130313+ITEM-019+DOC+XML+V0//EN&language=GA>

¹⁰⁵⁴ P. SZAREK-MASON, *op. cit.*, pp. 242-244 ; V. MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT, *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, 2011, pp. 83-106, spéc. p. 99.

¹⁰⁵⁵ Il est fait implicitement référence au 14 décembre 2005, date d'entrée en vigueur de la convention des Nations-Unies contre la corruption.

corruption, ce qui n'empêche pas les indicateurs de perception de la corruption d'enregistrer une tendance générale à l'aggravation de la situation sur la période de référence »¹⁰⁵⁶.

514. L'action de l'Union européenne dirigée vers ses voisins et les pays candidats n'a eu qu'un impact limité sur la lutte contre la corruption des États membres. L'objectif de protection de l'État de droit diffère des objectifs poursuivis jusqu'ici à l'égard des États membres et s'amenuise fortement une fois le pays candidat ayant adhéré. Néanmoins, par cette action externe, l'UE a joué un rôle central dans l'évolution des législations européennes au-delà de ses propres frontières. Le discours prononcé par la mission permanente italienne auprès des Nations Unies, dans le cadre de l'adoption de la convention des Nations Unies contre la corruption, était ainsi réalisé non seulement au nom de l'UE, mais aussi au nom d'autres États européens qui s'y étaient volontairement associés, et symbolise cette coopération spécifique¹⁰⁵⁷.

515. Peu de temps après l'adoption de ses propres conventions relatives à la lutte contre la corruption dans le secteur public, l'UE a recouru à une autre forme d'action externe afin d'influencer plus largement les législations des États membres et les règles de prévention applicables à ses propres institutions. De ce fait, les autres conventions internationales sont progressivement devenues un élément central de la stratégie anticorruption de l'UE. Cette dernière a participé activement à l'élaboration, au niveau international, de standards anticorruption élevés et compatibles avec les traditions juridiques des États membres puis à leur adoption (A). De manière cohérente, l'UE s'est elle-même astreinte au respect de ces standards (B).

A. L'influence de l'UE sur les autres conventions internationales

516. À partir de 1997, les négociations successives des instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption ont incité les États membres à se coordonner en amont. Le Conseil a donc adopté une série de positions communes avec notamment deux objectifs : renforcer le pouvoir de négociation des États membres et éviter un

¹⁰⁵⁶ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Bilan de la politique européenne de voisinage, 12 mai 2010, COM(2010) 207 final, *JOUE* C 121 du 19 avril 2011, p. 43.

¹⁰⁵⁷ Discours de B. BORZI sur l'adoption de la Convention contre la corruption par la 58^{ème} Assemblée Générale des Nations Unies, 31 octobre 2003, PRES03-298EN, URL : http://eu-un.europa.eu/articles/en/article_2946_en.htm.

chevauchement ou une incompatibilité entre les instruments internationaux (1). En aval, les institutions européennes ont encouragé les États membres à ratifier ces instruments. Cette stratégie de l'UE n'est pas propre à la lutte contre la corruption¹⁰⁵⁸. Toutefois, force est de constater le succès initial de cette stratégie au regard de la large ratification de ces traités par les États membres (2).

1. En amont, la négociation des traités

517. À titre liminaire, il est nécessaire de distinguer la négociation directe menée par la Commission et celle réalisée, après l'adoption d'une position commune, par les États membres. Le premier cas doit pour le moment être écarté, car il ne renvoie qu'à la négociation de la convention des Nations Unies contre la corruption et se limite aux dispositions préventives. Il est légitimé par la volonté de l'UE d'adhérer directement à la convention de Mérida¹⁰⁵⁹. L'action externe de l'UE s'est avant tout matérialisée par l'adoption de positions communes par le Conseil¹⁰⁶⁰, les États membres ayant ensuite l'obligation de les défendre lors des négociations¹⁰⁶¹.

518. Deux positions communes ont été définies pour la convention de l'OCDE et pour la convention pénale du Conseil de l'Europe dont les négociations étaient menées concomitamment. La position commune du 6 octobre 1997¹⁰⁶² avait pour vocation de

¹⁰⁵⁸ P. BERTHELET et *alii.*, « Le volet externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : instruments et réalisations », *RTD Eur.*, 2014, p. 667.

¹⁰⁵⁹ V. *infra*, n° 529.

¹⁰⁶⁰ Sous le traité de Maastricht, l'article K. 3, paragraphe 2 point a) du TUE stipule : « le Conseil peut : [...] à l'initiative de tout Etat membre dans les domaines visés aux points 7), 8) et 9) de l'article K.1 : arrêter des positions communes et promouvoir, sous la forme et selon les procédures appropriées, toute coopération utile à la poursuite des objectifs de l'Union » ; l'article K. 5 du TUE stipule : « les Etats membres expriment les positions communes arrêtées conformément au présent titre dans les organisations internationales et lors des conférences internationales auxquelles ils participent ». Sous le traité d'Amsterdam, l'article 34, paragraphe 2 point a) du TUE stipule : « le Conseil, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prendre des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. A cet effet, il peut, en statuant à l'unanimité à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission : arrêter des positions communes définissant l'approche de l'Union sur une question déterminée » ; l'article 37 du TUE stipule : « les Etats membres défendent les positions communes arrêtées conformément au présent titre dans les organisations internationales et lors des conférences internationales auxquelles ils participent. Les articles 18 et 19 s'appliquent, le cas échéant, aux questions relevant du présent titre ».

¹⁰⁶¹ V., à ce propos, A. LO MONACO, « Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *RSC*, 1995, pp. 11-21.

¹⁰⁶² Position commune du 6 octobre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE L 279* du 13 octobre 1997, pp. 1-2.

donner un cadre général à la coordination des États membres. Le principe de la participation de la Commission lors des discussions sur toutes les questions ayant des répercussions importantes sur les intérêts de l'Union européenne y est affirmé. Par ailleurs, une vigilance particulière sur la compatibilité de ces deux instruments notamment en matière judiciaire, d'extradition, de lutte contre la corruption et de protection des intérêts financiers, était exigée.

Un mois plus tard, une seconde position commune a été adoptée¹⁰⁶³ en vue de s'accorder plus précisément sur le contenu des conventions négociées. Outre quelques précisions sur la définition des agents publics et de la corruption, les États membres se sont accordés sur les règles de compétence et la mise en place d'un mécanisme de suivi efficace. Il faut surtout relever la décision d'exclure le trafic d'influence de la convention de l'OCDE et d'en réserver la discussion dans le cadre de la convention pénale du Conseil de l'Europe. Par ailleurs, afin d'éviter toute incompatibilité avec les instruments de l'UE, la nécessité de limiter au strict nécessaire les prévisions sur la coopération judiciaire a été convenue. Enfin, cette position commune a permis d'attirer l'attention des États membres sur l'importance d'encourager la ratification de ces traités.

519. L'action externe de l'Union européenne lors de la négociation de la convention de Mérida se démarque des initiatives antérieures par son ampleur. La présidence espagnole du Conseil a d'ailleurs été invitée à délivrer un discours lors de la première session du comité *ad hoc* chargé de négocier le futur traité¹⁰⁶⁴. Puis, pendant les sessions du comité spécial, l'Union a tenu chaque jour des réunions de coordination à Vienne, avant la réunion plénière¹⁰⁶⁵. Parallèlement, le Conseil a adopté trois positions communes qu'il a tenues confidentielles¹⁰⁶⁶. Ce choix permet de supputer le caractère stratégique de

¹⁰⁶³ Deuxième position commune du 13 novembre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 320 du 21 novembre 1997, pp. 1-2.

¹⁰⁶⁴ Communiqué de la Présidence du Conseil sur son discours prononcé lors de la première session du comité *ad hoc* pour la négociation de la convention des Nations Unies contre la corruption, 21 janvier 2002, PRES02-004EN, URL : http://eu-un.europa.eu/u/articles/fr/article_1081_fr.htm.

¹⁰⁶⁵ Note du secrétariat général du Conseil sur les négociations de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 15 février 2003, Doc. n° 5909/03, p. 4.

¹⁰⁶⁶ L'article 18, paragraphe 3 du règlement intérieur du Conseil prévoit : « la décision de publication au Journal officiel des positions communes définies et des actions communes adoptées sur la base des articles J.2, J.3 ou K.3 du traité sur l'Union européenne, ainsi que des mesures d'application des actions communes et des mesures d'application éventuelles des conventions visées au paragraphe 4, est prise cas par cas lors de l'adoption desdits instruments par le Conseil statuant à l'unanimité ». V., Règlement intérieur du Conseil, 6 décembre 1993, *JOCE* L 304 du 10 décembre 1993, pp. 1-8.

cette coordination pour les États membres. Il a ainsi fallu attendre la fin des négociations pour que l'ensemble des documents soient déclassifiés et qu'il soit envisagé une publication au Journal officiel de l'Union européenne¹⁰⁶⁷. Les positions communes adoptées dans le cadre des conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe avaient, au contraire, fait l'objet d'une publication immédiate et antérieure à la clôture des négociations.

520. Dans le cadre de la convention de Mérida, le comité de l'article 36¹⁰⁶⁸ a examiné trois positions communes initiées, dans l'ordre, par la Belgique, l'Espagne puis le Danemark. La première position commune se concentre sur les principes généraux que les États membres ont dû défendre lors des négociations¹⁰⁶⁹. Certains choix clés ont été décidés comme le refus d'inclure « l'enrichissement illicite » ou tout modèle d'incrimination qui pourrait remettre en cause les principes fondamentaux de l'Union. La deuxième position commune est plus spécifiquement dédiée au transfert de fonds et à la restitution des fonds d'origine illicite, c'est-à-dire provenant d'actes de corruption¹⁰⁷⁰. Enfin, la troisième position commune a trait aux définitions et aux incriminations¹⁰⁷¹. Elle

¹⁰⁶⁷ Note du secrétariat général du Conseil sur la publication au Journal officiel des première, deuxième et troisième positions communes définies par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 5 décembre 2003, Doc. n° 15678/03.

¹⁰⁶⁸ Le « comité de l'article 36 », instance préparatoire du Conseil, désigne le Comité de coordination dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (CATS) créé en application de l'article 36 du Traité sur l'Union européenne dans sa version issue du Traité d'Amsterdam.

¹⁰⁶⁹ Rapport du Comité de l'article 36 sur l'initiative du Royaume de Belgique visant à l'adoption par le Conseil d'un projet de position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 19 novembre 2001, Doc. n° 12837/1/01 REV 1 ; Note du secrétariat général du Conseil sur l'adoption dans les langues officielles de l'Union européenne de la position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration d'une convention des Nations Unies contre la corruption, 19 novembre 2001, Doc. n° 14114/01.

¹⁰⁷⁰ Note du Comité de l'article 36 sur le projet de deuxième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 29 mai 2002, Doc. n° 8897/3/02 REV 3 ; Note du secrétariat du Conseil sur l'adoption dans les langues officielles d'une deuxième position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 29 mai 2002, Doc. n° 9375/02.

¹⁰⁷¹ Résultats des travaux du Coreper sur l'initiative du Royaume de Danemark concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de troisième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 26 septembre 2002, Doc. n° 12215/1/02 REV 1 ; Note du secrétariat du Conseil sur l'adoption, dans les langues officielles, d'une troisième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité

porte notamment sur la définition de l'agent public et de certaines incriminations, sur la reprise de certaines dispositions de la convention contre la criminalité transnationale organisée et de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe ainsi que sur l'articulation de cette dernière avec la convention de l'ONU.

521. Si l'on s'intéresse aux conventions finalement adoptées, la concertation en amont semble avoir porté ses fruits. La plupart des objectifs fixés dans les positions communes ont été atteints. Néanmoins, des concessions ont dû être faites par toutes les Parties. Ainsi, les États membres ont obtenu que l'incrimination de l'enrichissement illicite soit facultative¹⁰⁷². À l'inverse, notamment en raison de la résistance des États-Unis¹⁰⁷³, ils ont dû accepter que l'incrimination de la corruption dans le secteur privé soit également facultative¹⁰⁷⁴. C'est certainement cet échec qui a conduit l'Union européenne à transformer son action commune en une décision-cadre sur la corruption dans le secteur privé¹⁰⁷⁵.

522. Une fois l'ensemble des conventions internationales sur la corruption ouvertes à la signature, les institutions de l'Union européenne ont systématiquement encouragé les États membres à signer et à ratifier ces nouveaux instruments.

2. En aval, l'incitation à ratifier

523. Depuis 1997, la ratification par les États membres de toutes les conventions internationales pertinentes est un élément central de la stratégie anticorruption développée par l'UE. En effet, une fois ces traités ouverts à la signature, l'Union européenne a incité tous les États membres à les signer puis à les ratifier en même temps que ses propres outils. En ce qui concerne la convention de l'OCDE, un auteur rappelle que « l'Union européenne a, pour sa part, fait connaître son engagement, de coordonner en son sein les travaux de ratification de la convention par ses membres de manière à ce que ceux-ci puissent déposer leurs instruments de ratification de façon simultanée auprès du

sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 25 septembre 2002, Doc. n° 12329/02.

¹⁰⁷² Convention ONU, art. 20.

¹⁰⁷³ V. *supra*, n° 221.

¹⁰⁷⁴ Convention ONU, art. 21.

¹⁰⁷⁵ V. MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT, *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, 2011, pp. 83-106, spéc. pp. 104-105.

Secrétariat général de l'OCDE, dépositaire de la convention »¹⁰⁷⁶. Les pays candidats ont également été encouragés à signer ces traités avant leur adhésion¹⁰⁷⁷. L'importance accordée à ces accords internationaux, vus comme plus larges que les instruments de l'UE, ressort tant des communications de la Commission européenne¹⁰⁷⁸, que des résolutions du Parlement européen¹⁰⁷⁹ ou du Conseil de l'Union européenne¹⁰⁸⁰.

524. S'il est difficile d'apprécier le poids effectif des pressions exercées par les institutions européennes, force est de constater que l'écrasante majorité des États membres a ratifié l'ensemble des traités disponibles. Certains États membres n'ont cependant comblé leur retard qu'après la communication de la Commission sur la politique de l'Union européenne contre la corruption de 2011.

525. Les 28 États membres ont ainsi ratifié la convention de Mérida. En 2014, l'Allemagne est le dernier État membre à avoir procédé à sa ratification, soit près de onze ans après sa signature¹⁰⁸¹. La convention pénale du Conseil de l'Europe a été ratifiée par 27 États membres, la dernière ratification étant celle de l'Autriche le 25 septembre 2013, soit treize ans après sa signature¹⁰⁸². Seule l'Allemagne n'a pas ratifié cette convention,

¹⁰⁷⁶ P. CAVALERIE, « La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. 43, 1997, p. 613.

¹⁰⁷⁷ P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight against corruption – The evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, éd. Cambridge University Press, 2010, pp. 185-199.

¹⁰⁷⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 9 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final, p. 10.

¹⁰⁷⁹ Résultats des travaux du Comité de l'article 36 en date du 1^{er} mars 2005 sur le projet de résolution du Conseil concernant une politique globale de l'UE contre la corruption, 2 mars 2005, Doc. n° 6902/05, pp. 5-6 ; Résolution du Conseil sur la communication de la Commission, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 14 avril 2005, *Bulletin UE* 2005, n° 4, point 1.4.28.

¹⁰⁸⁰ Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique anticorruption de l'Union, 6 octobre 1998, A4-0285/98, *JO C* 328 du 26 octobre 1998, pp. 46-51 ; Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2011 sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption, P7_TA(2011)0388, *JOUE C* 51 E du 22 février 2013, pp. 121-125 ; Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final), P7_TA-PROV(2013)0444, 2013/2107(INI).

¹⁰⁸¹ V. l'état des ratifications sur le site Internet de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, <http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/signatories.html>. V. égal., « 11 years after signing, German Parliament approves Global Corruption Agreement », 25 septembre 2014, URL : www.transparency.org/news/pressrelease/11_years_after_signing_german_parliament_approves_global_corruption_agreeme

¹⁰⁸² V. l'état des ratifications sur le site Internet du Conseil de l'Europe, URL : http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/signatures?p_auth=qOqopDtW.

le projet de loi déposé en 2007 à cet effet n'ayant pu aboutir¹⁰⁸³. Enfin, 23 États membres ont ratifié la convention de l'OCDE, la Lettonie devenant le 41^{ème} pays adhérent en 2014¹⁰⁸⁴. Même s'il s'agit de la convention hors UE la plus ancienne, le fait que tant d'États membres aient ratifié la convention de l'OCDE est encourageant¹⁰⁸⁵. Il faut en effet rappeler que cette convention, qui a pour objet la corruption active d'un agent public dans le cadre des transactions commerciales internationales, est initialement destinée aux grands pays exportateurs.

526. Il faut également relever que la coopération des États membres ne s'est pas arrêtée une fois la convention de Mérida signée. De nouvelles positions communes ont été adoptées par la suite dans le cadre de l'assistance technique prévue au chapitre VI de la convention des Nations Unies¹⁰⁸⁶. Elles ont pour objet de préciser les initiatives ou les projets que les États membres doivent soutenir dans le cadre de l'assistance technique et en prévision des différentes Conférences des États parties à la convention des Nations Unies¹⁰⁸⁷.

527. En définitive, l'Union européenne a bien joué un rôle essentiel dans l'élaboration et la ratification des instruments internationaux en matière de corruption. En adoptant des instruments criminalisant l'infraction de corruption, au plan interne, et en influençant le

¹⁰⁸³ Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème, 4 déc. 2009, pp. 28-29.

¹⁰⁸⁴ V. l'état des ratifications sur le site Internet de l'OCDE, URL : <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf> ; OCDE, « Adhésion prochaine de la Lettonie à la Convention anticorruption de l'OCDE », 7 avril 2014, <http://www.oecd.org/fr/corruption/adhesion-prochaine-de-la-lettonie-a-la-convention-anticorruption-de-locde.htm>.

¹⁰⁸⁵ Les cinq États membres qui n'ont pas encore ratifié la convention de l'OCDE ont adhéré à l'UE postérieurement à 2004. Il s'agit de Chypre, de la Croatie, de la Lituanie, de Malte et de la Roumanie.

¹⁰⁸⁶ L'article 60, paragraphe 2 de la convention des Nations Unies contre la corruption stipule : « les États Parties envisagent, dans leurs plans et programmes nationaux de lutte contre la corruption, de s'accorder, selon leurs capacités, l'assistance technique la plus étendue, en particulier au profit des pays en développement, y compris un appui matériel et une formation dans les domaines mentionnés au paragraphe 1 du présent article, ainsi qu'une formation et une assistance, et l'échange mutuel de données d'expérience pertinentes et de connaissances spécialisées, ce qui facilitera la coopération internationale entre États Parties dans les domaines de l'extradition et de l'entraide judiciaire ».

¹⁰⁸⁷ Note du Coreper sur la position commune du Conseil relative à la convention des Nations Unies contre la corruption : préparation à la 1^{ère} conférence des parties à la convention des Nations Unies contre la corruption, qui se tiendra du 10 au 14 décembre 2006, 30 novembre 2006, Doc. n° 16028/06 ; Note du Coreper sur le projet de position du Conseil de l'Union européenne et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, relative à la convention des Nations Unies contre la corruption - assistance technique : préparation à la 2^{ème} Conférence des parties à la Convention des Nations unies contre la corruption, qui se tiendra du 28 janvier au 1^{er} février 2008, 17 janvier 2008, Doc. n° 5359/08 ; Note du secrétariat général du Conseil sur l'adoption d'un projet de position sur l'assistance technique : préparation à la 3^{ème} conférence des États parties à la convention des Nations Unies contre la corruption (Doha, Qatar, 9 au 13 novembre 2009), 8 octobre 2009, Doc. n° 14022/09.

contenu des autres traités, au plan externe, l'UE a grandement facilité la signature des conventions internationales de lutte contre la corruption par l'ensemble des États membres. Sa stratégie d'encouragement systématique, à destination des États membres et des pays candidats, à ratifier l'ensemble des sources supranationales de lutte contre la corruption est à présent un succès. Il est par conséquent possible de souscrire au fait que *« l'Union européenne a réussi à soutenir [la création d'un] cadre juridique international sur la corruption ambitieux et complet, tout en exportant certains de ses principaux choix politiques internes et en maintenant son autonomie quant aux autres options de criminalisation pour le moment non couvertes par le droit de l'UE. La conformité avec ce cadre juridique international va, à son tour, former un élément clé dans les relations de l'UE avec les pays candidats ainsi qu'avec les pays voisins »*¹⁰⁸⁸.

528. Souhaitant démontrer la soumission des institutions européennes à des standards exigeants, il est apparu cohérent de se servir de cette stratégie externe pour permettre à l'Union européenne d'adhérer directement à la convention de Mérida.

B. L'adhésion de l'Union européenne à la convention de Mérida

529. L'adhésion de l'Union européenne à la convention des Nations Unies contre la corruption est une action qui doit être distinguée de celles évoquées ci-dessus. La participation directe de l'UE résulte tout d'abord de la spécificité de la convention de Mérida qui prévoit de nombreuses mesures, tant répressives que préventives, et dont la signature a par conséquent été ouverte aux « organisations régionales d'intégration économique à la condition qu'au moins un État membre d'une telle organisation l'ait signée »¹⁰⁸⁹. Elle procède également d'une volonté propre de l'Union européenne qui reste à ce jour la seule organisation régionale d'intégration économique à avoir manifesté sa volonté de signer ce traité¹⁰⁹⁰. L'adhésion de l'UE, envisagée très tôt, peut se décomposer

¹⁰⁸⁸ « *The European Union has managed to support a far-reaching and comprehensive international legal framework on corruption, while exporting some of its key internal policy choices and maintaining its autonomy with regard to other criminalisation options not currently covered by EU law. Compliance with this international legal framework will, in turn, form a key element in the EU's relations with candidate countries and neighbours alike* ». V., MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, 2013, p. 193.

¹⁰⁸⁹ Convention ONU, art. 67.

¹⁰⁹⁰ De nombreuses organisations régionales à vocation économique auraient pourtant pu y adhérer comme, par ex. : l'Organisation des États américains (OEA), le MERCOSUR, l'Union africaine, l'Union du Maghreb arabe, la Ligue arabe ou encore l'Association des nations du Sud-Est asiatique.

en trois temps. Dès 2002, préalablement à la troisième session du comité spécial, le Conseil permet à la Commission de négocier l'instrument aux côtés des États membres. Puis, quelques jours avant l'ouverture à la signature de la convention de Mérida, la Commission propose au Conseil de signer l'instrument¹⁰⁹¹, ce qui est fait le 15 septembre 2005. Dans un troisième temps, le Conseil décide d'approuver, le 25 septembre 2008, la convention des Nations Unies contre la corruption.

530. Les dispositions applicables à l'Union européenne concernent essentiellement les mesures préventives de transparence comme l'organisation du secteur public, la passation des marchés publics ou encore la lutte contre le blanchiment de capitaux. Ainsi, le Conseil a pris soin de préciser, comme il était par ailleurs contraint de le faire¹⁰⁹², la compétence de l'Union concernant les questions régies par la convention de Mérida¹⁰⁹³.

531. La conclusion de la convention de Mérida a permis d'envisager un contrôle objectif des institutions de l'Union européenne. Néanmoins, malgré la demande du Parlement européen, l'OLAF n'a toujours pas communiqué de rapport d'autoévaluation. Toutes les actions de transparence et de prévention de l'UE (par ex., dans les marchés publics) participent implicitement au respect de son engagement international. La mise en œuvre de la convention de Mérida par l'Union européenne doit donc se prolonger au-delà du traité de Lisbonne. En revanche, les autres aspects de son action externe semblent avoir atteint leurs limites.

¹⁰⁹¹ Proposition de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne, 4 décembre 2003, COM(2003) 751 final, *JOUE C* 96 du 21 avril 2004, p. 31 ; Note du secrétariat général du Conseil sur le projet de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne (orientations communes), 18 avril 2005, Doc. n° 7984/05 ; Résultats des travaux du Groupe multidisciplinaire « Criminalité organisée » (GMD) sur la proposition de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne, 12 janvier 2004, Doc. n° 5193/04 ; Décision du Conseil sur la signature, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations unies contre la corruption, 10 mai 2005, *Bulletin UE* 2005, n° 5, point 1.4.9.

¹⁰⁹² Convention ONU, art. 67§3 : « Dans cet instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, cette organisation déclare l'étendue de sa compétence concernant les questions régies par la présente Convention ».

¹⁰⁹³ Décision du Conseil du 25 septembre 2008 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations unies contre la corruption, Annexe II, *JOUE L* 287 du 29 oct. 2008, pp. 1-110, spéc. pp. 108-109.

II. Les limites de l'action externe après le traité de Lisbonne

532. L'examen des dernières initiatives de l'Union européenne laisse transparaître la naissance d'une nouvelle stratégie anticorruption qui accorde une place prépondérante à l'action externe. Pour mesurer l'évolution accomplie depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, un rappel de la stratégie antérieure s'avère nécessaire.

533. Avant 2009, l'adoption d'instruments propres à l'Union est prolongée par une action externe dynamique¹⁰⁹⁴. Il existe alors un équilibre entre l'action interne et externe. L'enjeu principal est d'inciter les États membres à engager une lutte globale contre la corruption transnationale et à entreprendre les évolutions législatives nécessaires pour y parvenir. L'étude de la convention de Bruxelles puis de la décision-cadre de 2003 a permis de mesurer l'intérêt des actes adoptés par l'Union, mais également leurs faiblesses¹⁰⁹⁵.

La première faiblesse réside dans la fragmentation du cadre juridique. Au plan interne, la réticence de certains États membres à abandonner une partie de leur souveraineté a rendu nécessaire le morcellement des négociations. Ainsi, quatre conventions PIF ont fini par être adoptées entre 1995 et 1997, suivies immédiatement par la convention de Bruxelles. Les initiatives internationales se multipliant (OCDE, Conseil de l'Europe), il n'est pas surprenant que les États membres aient adopté une convention non limitée aux intérêts financiers de l'UE. De même, la transformation de l'action commune relative à la corruption dans le secteur privé en décision-cadre résulte en partie de l'échec des efforts entrepris pour inclure cette infraction de manière satisfaisante dans la convention de Mérida. L'Union européenne a alors servi de palliatif, dans la limite de ses compétences, aux carences des autres instruments internationaux. D'une manière générale, la fragmentation du cadre juridique de l'UE résulte donc de la méthode retenue pour parvenir à un cadre juridique complet. Néanmoins, elle a également eu pour conséquence une complexification qui ne favorise pas la confiance mutuelle des États membres.

La seconde faiblesse découle de la portée limitée des instruments adoptés. Les domaines sur lesquels l'UE peut agir sont, par nature, limités aux compétences transférées par les États membres. Chaque acte est donc assujéti à un objectif déterminé. La deuxième proposition de directive PIF tend d'ailleurs à démontrer que le morcellement persistera

¹⁰⁹⁴ V. *supra*, n^{os} 516. et s.

¹⁰⁹⁵ V. *supra*, n^{os} 61. et s.

au-delà du traité de Lisbonne, non en raison d'un contexte particulier, mais du fait de l'évolution autonome de chaque objectif.

534. L'action externe a permis à l'UE d'influencer plus largement le droit positif des États membres. L'objectif initial était de trouver une solution aux limites posées par le droit primaire. Les accords internationaux ont alors pu constituer un approfondissement¹⁰⁹⁶, sans pour autant être exempts de toute critique¹⁰⁹⁷.

535. Au fur et à mesure de la transposition des engagements internationaux, l'enjeu de la lutte contre la corruption s'est déplacé vers la mise en œuvre des législations. En effet, la plupart des États membres se sont dotés d'une législation particulièrement répressive qui contraste parfois avec l'échec des investigations ou l'absence de condamnations. Ces difficultés ont conduit les observateurs, notamment à travers les rapports de l'OCDE et du GRECO, à s'interroger sur l'efficacité des mesures adoptées et sur la volonté politique des États. Face à ces problématiques, il est surprenant qu'aucun nouvel acte n'ait été adopté par l'UE pour y répondre. L'évolution du droit primaire sous le traité d'Amsterdam puis sous le traité de Lisbonne appelait pourtant à moderniser le dispositif existant, à l'image de ce qui a été fait pour la plupart des autres infractions¹⁰⁹⁸.

536. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne constitue en réalité un pivot dans l'évolution de la stratégie de l'Union européenne qui permet d'expliquer le maintien d'un cadre juridique obsolète. En effet, une nouvelle politique anticorruption, censée répondre aux problématiques de mise en œuvre, a été définie par la Commission. Ce « paquet anticorruption » marque une rupture de l'équilibre entre l'action interne et l'action

¹⁰⁹⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 10.

¹⁰⁹⁷ Résultats des travaux du Comité de l'article 36, 2 mars 2005, Doc. n° 6902/05, p. 4.

¹⁰⁹⁸ Les domaines du droit pénal qui ont bénéficié des évolutions du droit primaire concernent, de manière non exhaustive, la lutte contre : le racisme et la xénophobie (action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 remplacée par la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008), la criminalité organisée (action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 remplacée par la décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008), la traite des êtres humains (action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 remplacée par la décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 remplacée par la directive 2011/36/UE du 5 avril 2011), l'exploitation sexuelle des enfants (action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 remplacée par la directive 2004/68/JAI du 22 décembre 2003 remplacée par la directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011), le faux monnayage (décision-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 remplacée par la directive 2014/62/UE du 15 mai 2014) ou encore la criminalité informatique (décision-cadre 2005/222/JAI du 24 février 2005 remplacée par la directive 2013/40/UE du 12 août 2013).

externe¹⁰⁹⁹. Il est tout d'abord posé le postulat selon lequel les évolutions législatives de nombreux États membres sont suffisantes et qu'un manque de volonté politique est à l'origine de la mise en œuvre décevante. L'accent doit donc être porté sur les mesures préventives, qui n'ont pas de caractère pénal, et sur une pression uniquement politique¹¹⁰⁰.

537. Pour être en mesure d'exercer cette pression, l'UE souhaite depuis plusieurs années participer aux travaux du GRECO. L'adhésion de l'UE à la convention pénale du Conseil de l'Europe permettrait notamment de disposer d'un droit de vote lors de l'adoption des rapports¹¹⁰¹. Dans la perspective de cette adhésion, l'UE a concentré sa stratégie sur l'élaboration périodique d'un rapport anticorruption. Or, s'il n'est pas présenté immédiatement en ces termes par la Commission, sa fonction est de prolonger la pression exercée au sein du GRECO. Il n'évalue d'ailleurs pas la mise en œuvre des instruments de l'UE. Au contraire, il s'agit d'une synthèse des rapports émis par le groupe de travail de l'OCDE, par le GRECO et, le cas échéant, à partir des évaluations menées dans le cadre de la convention des Nations Unies.

538. L'idée sous-jacente est d'influencer la mise en œuvre de la lutte contre la corruption non pas par le biais d'un nouvel instrument, mais grâce aux mécanismes de suivi des autres conventions internationales. À partir du traité de Lisbonne, il y a bien une amplification de l'action externe qui se réalise au détriment de l'action interne. Cette stratégie apparaît d'autant plus intéressante pour l'UE que l'écrasante majorité des États membres a ratifié toutes les conventions internationales sur la corruption.

539. Paradoxalement, le choix d'une action essentiellement externe intervient alors que le traité de Lisbonne a ouvert de nouvelles possibilités juridiques. L'article 83§1 TFUE vise désormais la corruption parmi les domaines de criminalité qui peuvent faire l'objet de règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions. Pour la première fois, la lutte contre la corruption est envisagée sans rattachement à la criminalité organisée ou à une politique spécifique de l'Union. De plus, la directive, qui est devenue l'instrument privilégié de l'harmonisation du droit pénal substantiel, constitue une évolution notable par rapport aux instruments du troisième

¹⁰⁹⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, *La Commission lutte contre la corruption: un engagement plus fort pour de meilleurs résultats*, 6 juin 2011, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_fr.htm

¹¹⁰⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final.

¹¹⁰¹ V. *infra*, n^{os} 731. et s.

pilier. Malgré ces perspectives, la demande explicite du Parlement européen de recourir à l'article 83§1 TFUE¹¹⁰² a été écartée. Pour la Commission, l'adoption d'un nouvel instrument anticorruption n'est envisageable qu'à moyen ou à long terme en fonction des conclusions tirées des rapports anticorruption¹¹⁰³. L'action interne de l'UE serait toujours un palliatif aux échecs des actions externes.

540. Il ne faut pas omettre que la directive PIF apporte quelques évolutions en matière de corruption. Néanmoins, l'infraction de corruption n'y figure qu'en raison de la volonté d'assurer une répression uniforme de tous les comportements portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Comme il l'a déjà été souligné, l'absence de toute réflexion d'ensemble concernant le renouvellement du cadre juridique en matière de corruption va entraîner une nouvelle fragmentation et une nouvelle complexification qui ne répondra pas aux défis actuels.

541. À la lumière des éléments évoqués ci-dessus, il semble possible de remettre en cause la stratégie définie par l'UE, qui consiste à renoncer à se doter d'une nouvelle directive au profit d'une forme d'incitation, de *soft law*. La stratégie anticorruption dégagée après 2009 semble trahir un manque de volonté politique non seulement de la part des États membres, mais aussi des institutions de l'Union européenne. Elle prive la lutte contre la corruption des nombreux avantages de la construction européenne (recours aux directives, cadre évolutif, mécanismes de suivi politique et de contrôle juridictionnel, etc.).

542. Il apparaît essentiel d'envisager une redéfinition du rôle de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption. L'UE bénéficie dorénavant des outils juridiques adaptés pour rationaliser son cadre, mais également pour l'approfondir. Cette nouvelle action interne, complémentaire et préalable à l'action externe, doit avoir pour objectif à la fois de remédier aux lacunes existantes et de favoriser la mise en œuvre des législations. En

¹¹⁰² Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2011 sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption, *Comblant l'écart entre la législation relative à la lutte contre la corruption et la réalité*, T7-0388/2011, para. 7.

¹¹⁰³ Réaction de la Commission à la résolution du Parlement européen sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux: recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final), 29 janv. 2014, SP(2014)62 : « Toutefois, la Commission n'a pas l'intention d'adopter, à court terme, de nouvelles dispositions législatives sur la définition de la corruption ou le rapprochement du statut des délais de prescription pour les délits de corruption ou la protection des dénonciateurs. Des normes internationales sont en place de longue date (telles que la CNUCC ou des instruments du Conseil de l'Europe qui couvrent un large éventail d'aspects liés à la corruption) ».

outre, elle doit tenir compte de l'existence d'intérêts économiques communs. Néanmoins, cette hypothèse relève essentiellement de la prospective.

SECONDE PARTIE



LE « PAQUET ANTICORRUPTION » : À LA RECHERCHE D'UNE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EFFICACE

543. Constatant l'écart entre les cadres juridiques nationaux et leur mise en œuvre, la Commission européenne définit à partir de 2011 une nouvelle stratégie¹¹⁰⁴. Elle cherche à susciter un surcroît de volonté politique des États membres qu'elle estime impossible par la simple adoption d'instruments internationaux.

Face à la mise en œuvre inégale de l'acquis anticorruption (Titre I), la Commission adopte donc un nouveau « paquet anticorruption » constitué d'un ensemble de mesures dont la pierre angulaire réside dans l'élaboration périodique d'un rapport. Toutefois, ne disposant pas de toutes les compétences d'attribution nécessaires, cette lutte globale la conduit à détourner son attention de l'harmonisation du droit pénal substantiel et de l'émission d'obligations contraignantes. La lutte contre la corruption de l'UE est ainsi maintenue dans une logique intergouvernementale alors que le Traité de Lisbonne offre tous les outils nécessaires pour mener une intégration supranationale de la lutte contre la corruption tant au niveau des sources, par l'adoption d'une directive anticorruption, qu'au stade de la mise en œuvre, par la mise en place d'un procureur européen aux compétences étendues (Titre II).

¹¹⁰⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final.

TITRE I

-

LA MISE EN ŒUVRE INEGALE DE L'ACQUIS ANTICORRUPTION

544. Tous les États membres de l'Union européenne sont désormais soumis aux instruments relatifs à la répression de la corruption adoptés dans le cadre du troisième pilier. Ce corpus constitue un véritable acquis et les nouveaux États membres sont tenus de signer et ratifier les conventions du troisième pilier et de transposer les obligations issues de la décision-cadre du 22 juillet 2003.

La mise en œuvre des instruments précités reste cependant insatisfaisante. Afin de susciter un surcroît de volonté politique au sein des États membres, la Commission souhaite mettre l'accent sur un renforcement de l'intégration des enjeux de corruption dans l'ensemble des politiques de l'Union (Chapitre II). Des problèmes de transposition persistent, mais la Commission évince partiellement la problématique en évoquant de manière vague l'existence de transpositions incomplètes tout en soulignant son impuissance à poursuivre les États membres : « *La Commission n'a pas le pouvoir de poursuivre les États membres qui n'ont pas transposé des mesures adoptées dans le cadre du troisième pilier du traité, avant l'entrée en vigueur du TFUE. Ces poursuites deviendront possibles à partir du 1er décembre 2014, en vertu de l'article 10 du protocole n° 36 sur les dispositions transitoires du traité de Lisbonne* »¹¹⁰⁵. Or, non seulement aucune saisine de la Cour de Justice n'a eu lieu depuis la fin de la période transitoire, mais l'adoption d'un rapport anticorruption qui n'évalue pas la conformité des États membres aux instruments de l'UE, en se reposant sur des mécanismes d'évaluation externes¹¹⁰⁶, rend improbable toute action en ce sens. L'existence de carences doit être examinée, celles-ci faisant intrinsèquement obstacle à la mise en œuvre du cadre européen (Chapitre I).

¹¹⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, p. 4, note 10.

¹¹⁰⁶ V. *infra*, n^{os} 701. et s.

CHAPITRE I – La transposition incomplète du cadre juridique de l’UE

545. Tous les États membres ont entrepris la transposition des instruments de l’Union européenne relatifs à la répression de la corruption. Les réformes de certains pays ayant adhéré depuis 2004 à l’UE sont encore récentes puisqu’elles ont été effectuées à la faveur de l’adoption d’un nouveau code pénal¹¹⁰⁷.

Toutefois, certains États membres semblent opposer une résistance à la transposition de dispositions spécifiques, parfois en raison de leur propre culture juridique. Aussi, même si les carences sont parfois communes, regrouper les États européens entre ceux qui ont effectué une transposition avancée et les autres apparaît difficile.

546. De surcroît, malgré les pressions internationales, les manquements susceptibles d’être reprochés aux États membres concernent non seulement les dispositions larges ou vagues des instruments de l’UE (Section II), ce qui tend à démontrer un manque de volonté politique, mais également des dispositions précises (Section II), ce qui constitue une violation des engagements internationaux de ces États.

Section I. La « conformité objective » : les manquements persistants des États membres

547. Le suivi réalisé dans le cadre des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption (OCDE, ONU et Conseil de l’Europe)¹¹⁰⁸ permet de mettre en exergue la qualité inégale des transpositions. Ces carences, souvent spécifiques à un État membre, concernent des dispositions précises des instruments de l’Union européenne relatives à l’incrimination de la corruption (I) et à la responsabilité des personnes morales (II). Toutefois, si la Commission européenne, à la lumière des études réalisées par les évaluateurs internationaux, relève dans son propre rapport anticorruption l’existence de transpositions incomplètes, elle ne distingue pas les violations aux instruments de l’Union européenne et celles relatives aux autres instruments internationaux, rendant incertain

¹¹⁰⁷ Par ex., en 2014, la Roumanie ou encore, en 2015, la Bulgarie.

¹¹⁰⁸ V. *infra*, n^{os} 666. et s.

l'exercice d'une pression politique ou la saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne.

I. L'incrimination de la corruption

548. Malgré les progrès importants réalisés ces dernières années par l'ensemble des États membres, de nombreuses lacunes persistent dans les législations relatives à la lutte contre la corruption tant dans le secteur privé (B) que dans le secteur public (A).

A. Dans le secteur public

549. Tous les États membres ont, *a minima*, défini la corruption active et passive dans le secteur public d'un fonctionnaire national ou européen. En 2008, le deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention PIF et de ses protocoles (ci-après, « second rapport PIF ») mettait en exergue certaines carences, mais estimait déjà la transposition des définitions relatives à la corruption comme « *bien avancée* »¹¹⁰⁹. Néanmoins, l'étude des rapports adoptés dans le cadre de plusieurs organisations internationales¹¹¹⁰ permet de constater que de nombreux manquements auraient pu être relevés à cette époque. Par exemple, plusieurs pays ne couvraient pas les tiers bénéficiaires de la commission occulte¹¹¹¹ ou encore ne tenaient compte que des avantages pécuniaires¹¹¹². Deux facteurs permettent d'expliquer la difficulté de la Commission à dresser une image fidèle des droits européens. Tout d'abord, plusieurs États membres ayant adhéré à l'UE en 2004 et en 2007 n'avaient pas encore ratifié la convention PIF et ses protocoles et ne faisaient donc pas l'objet d'une évaluation approfondie. Ensuite,

¹¹⁰⁹ Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, p. 3.

¹¹¹⁰ GRECO, Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, ONU.

¹¹¹¹ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Roumanie, 3^{ème} cycle, thème 1, 3 déc. 2010, para. 10.

¹¹¹² Sur les incertitudes concernant l'Espagne, v. Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Espagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 15 mai 2009, para. 92.

l'évaluation de la Commission reposait essentiellement sur les informations transmises par les États membres¹¹¹³.

550. À partir de 2010, les rapports des organisations internationales permettent de constater l'évolution importante des droits européens sous l'impulsion des évaluations par les pairs. Il semble aujourd'hui possible d'avancer que l'écrasante majorité des États membres a transposé, de manière satisfaisante au regard de la convention de Bruxelles, la définition des infractions de corruption dans le secteur public.

551. Transpositions insatisfaisantes. Certains États membres, notamment ceux ayant adhéré à l'Union européenne à partir de 2004, présentent toujours des carences. Si ces dernières transpositions imparfaites ne remettent pas en cause un bilan par ailleurs positif, elles permettent de souligner la qualité inégale des rapports relatifs à la corruption, parfois adoptés par la même organisation internationale, et l'impossibilité de se fier à une source unique.

Au regard de la convention de Bruxelles de 1997, deux problématiques subsistent et sont communes à plusieurs États membres : le maintien de la tentative de corruption, voire de la complicité, dans certains droits et la difficulté d'étendre l'élément moral (*dol spécial*) à tous les actes commis par l'agent public dans l'exercice de ses fonctions.

552. Tentative de corruption. En premier lieu, plusieurs États semblent avoir maintenu l'hypothèse de la « tentative de corruption » lorsque le pacte corrompateur n'est pas conclu, mais simplement proposé ou sollicité. Or, la convention de Bruxelles impose de considérer l'infraction de corruption comme entièrement consommée dès la proposition ou la sollicitation d'un pacte et indépendamment de la conclusion effective de celui-ci¹¹¹⁴.

553. Lettonie. En 2008, le GRECO, dans son rapport d'évaluation du 3^{ème} cycle concernant la Lettonie, avait souligné le maintien de la tentative de corruption dans le secteur public comme dans le secteur privé. En effet, les articles 323 (corruption active publique nationale) et 199 (corruption active privée) du code pénal letton prévoyaient explicitement que l'infraction était consommée « *si l'offre est acceptée* »¹¹¹⁵. Une

¹¹¹³ V. *infra*, n^{os} 660. et s.

¹¹¹⁴ V. *supra*, n^{os} 81. et s.

¹¹¹⁵ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Lettonie, 3^{ème} cycle, thème 1, 10 oct. 2008 para. 84.

première réforme intervenue en 2009 n'avait pas apporté de réponse satisfaisante¹¹¹⁶. En d'autres termes, si le destinataire de l'offre refuse ou ne répond pas, celui qui a pris l'initiative du pacte (ici le corrupteur) ne peut se voir reprocher qu'une tentative de corruption. La même observation avait été formulée à propos de la corruption passive dans le secteur public, mais le raisonnement s'appuyait sur un mécanisme différent : l'article 320 paragraphe 2 prévoyait bien l'hypothèse où l'agent public « exige un pot-de-vin », mais il s'agissait d'une circonstance aggravante de l'infraction « d'acceptation d'un pot-de-vin » au sens du code pénal letton. En d'autres termes, si l'initiative du pacte corrupteur revient à l'agent public, alors il encourt une peine plus lourde. Mais si cette initiative n'est pas suivie d'une acceptation ou d'une remise par le corrupteur, l'agent public ne peut être poursuivi que pour tentative de corruption. Aussi les examinateurs du GRECO avaient pris soin de recommander de clarifier la manière selon laquelle l'offre/la proposition d'un avantage indu (semble renvoyer à la corruption active) et la sollicitation d'un avantage indu (semble renvoyer à la corruption passive) ainsi que le fait de recevoir un tel avantage sans sollicitation préalable sont couverts par le droit letton.

Or, le premier rapport de conformité adopté en 2010 par le GRECO n'a pas abordé la question de la sollicitation seule (sans acceptation) dans la corruption passive : il ne fait plus référence qu'à la problématique des articles 323 et 199 du code pénal letton, soit à la corruption active¹¹¹⁷. Chaque rapport de conformité se fondant sur le précédent, l'omission a été systématiquement réitérée. La Lettonie a finalement supprimé la condition prévue par les articles susmentionnés par la loi du 13 décembre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2013. Aussi, dans son addendum au deuxième rapport de conformité sur la Lettonie, le GRECO a estimé que la recommandation avait été entièrement suivie, alors qu'aucune nouvelle évaluation de la corruption passive n'a été menée¹¹¹⁸. Or, en 2014, le rapport de suivi rédigé dans le cadre des Nations Unies confirme que la tentative de corruption passive par un agent public a été maintenue dans le droit letton après la réforme de 2013¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, p. 5.

¹¹¹⁷ Rapport de conformité du GRECO sur la Lettonie, 3^{ème} cycle, thème 1, 1^{er} oct. 2010, para. 8-13.

¹¹¹⁸ Addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur la Lettonie, 3^{ème} cycle, thème 1, 28 mars 2014, para. 6-10.

¹¹¹⁹ Rapport d'évaluation Groupe d'examen de la convention ONU sur la Lettonie, juin 2014, pp. 19-20.

Le suivi des différentes problématiques touchant à la définition des infractions de corruption en droit letton a fait l'objet d'un suivi très faible par l'Union européenne. La Lettonie est un des rares pays ayant adhéré à l'Union en 2004 qui avaient ratifié très tôt la convention PIF et ses protocoles. Elle avait donc été évaluée dans le cadre du second rapport PIF. Néanmoins, le document de travail préparatoire a estimé que la Lettonie avait correctement transposé l'infraction de corruption passive dans le secteur public alors que l'évaluation est antérieure aux nombreux apports des réformes opérées en 2009 et en 2013¹¹²⁰. Quant au chapitre national du premier rapport anticorruption de la Commission, il se contente de répéter les conclusions du GRECO¹¹²¹.

Il a donc été nécessaire d'attendre le rapport des Nations Unies, avec une traduction amendée du droit pénal letton, pour approfondir le problème évoqué plus haut. Paradoxalement, alors que la convention OCDE ne vise que la corruption active d'un agent public étranger dans le cadre des transactions commerciales internationales, c'est le groupe de travail de l'OCDE qui apporte en 2015 une problématique supplémentaire : certains avocats interrogés lors d'une visite sur place ont estimé que si c'est l'agent public qui sollicite le pot-de-vin et que le destinataire de l'offre accepte, le corrupteur ne peut être poursuivi que pour tentative de corruption active tant qu'il n'a pas effectivement remis l'avantage promis à l'agent public¹¹²².

554. Malte. Le droit pénal maltais connaît également, parmi de nombreuses lacunes, une infraction de tentative en matière de corruption. Pourtant, les examinateurs du GRECO ont estimé qu'il y avait bien une distinction satisfaisante entre la corruption passive et la corruption active¹¹²³. En réalité, le mécanisme retenu par Malte est spécifique et n'apparaît pas conforme à ses engagements internationaux : seule la corruption passive d'agents publics nationaux est définie par l'article 115 du code pénal. L'article 120(1) du même code prévoit que la personne qui cherche à corrompre un agent ou un fonctionnaire public dans les cas prévus à l'article 115, c'est-à-dire dans les cas où l'agent public s'est laissé acheter, est considérée comme complice du délit. Aussi, pour parer à toute éventualité, l'article 120(2) du code pénal prévoit la situation où l'agent public ou le

¹¹²⁰ SEC(2008) 188, p. 36.

¹¹²¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 14 sur la Lettonie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 2.

¹¹²² Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Lettonie, *Phase 2 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Latvia*, phase 2, oct. 2015, para. 200

¹¹²³ Rapport d'évaluation du GRECO sur Malte, 3^{ème} cycle, thème 1, 8 oct. 2009, para. 96.

fonctionnaire n'a pas commis le délit : celui qui a proposé l'avantage indu est alors coupable de tentative d'incitation. L'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers connaît la même articulation¹¹²⁴. La méthodologie dégagée par la jurisprudence confirme la relation presque indissociable entre la corruption passive et la complicité. Pour qu'il y ait complicité de corruption, il faut tout d'abord qu'un agent public ou fonctionnaire reçoive ou sollicite, en relation avec ses fonctions ou son emploi, une récompense ou un avantage auquel il ne peut normalement prétendre. Puis, une fois établis ces éléments, « *la personne qui fournit ou promet l'avantage en question est coupable de complicité, puisque cette personne instigue ou renforce la volonté de commettre une infraction* »¹¹²⁵.

Il semble donc difficile d'affirmer qu'il existe une infraction de corruption active dans le droit maltais. Du point de vue du droit français, il est ici établi une infraction principale de corruption passive, et le corrupteur n'est plus qu'un complice du corrompu. En outre, si l'agent public refuse ou reste silencieux face à une offre, l'instigateur ne pourra plus être poursuivi que pour tentative de complicité et non pas une « tentative de corruption active ». Le raisonnement tenu par les juges est encore plus surprenant : dès lors que la personne accepte de corrompre un agent public, il se rend « *coupable de complicité aux termes de l'article 120 du Code pénal et devient, par analogie, coupable d'une infraction de corruption active* »¹¹²⁶. Malte consacre donc plusieurs principes qui ne sont pas partagés par tous les États membres. À titre d'exemple, en droit français, l'opposition entre la corruption active et la corruption passive est une distinction cardinale dont l'une des principales raisons est d'éviter de recourir aux notions de complicité et de tentative de complicité. En effet, la complicité reste subordonnée à l'existence d'une infraction principale. En d'autres termes, lorsque l'auteur principal n'a pas commis d'infraction, la tentative de complicité n'est pas punissable¹¹²⁷ : le schéma de la complicité « *a*

¹¹²⁴ Code pénal Maltais, art. 121(4).

¹¹²⁵ Cour d'appel maltaise, 1986, Police c. Lawrence dit « Lorry » Cuschieri et al. : cette affaire porte sur le versement, par des promoteurs immobiliers, d'environ 160 000 € à un agent public responsable de l'évaluation des projets et, indirectement, de l'attribution des permis de construire. Trois personnes ont été condamnées respectivement à 3, 7 et 9 mois d'emprisonnement.

¹¹²⁶ Tribunal de première instance, 15 déc. 2008, Police c. Leonard Cachia : il ressort du rapport d'évaluation du GRECO que la personne mise en cause « était impliquée dans l'organisation de paris et de jeux clandestins et avait accepté d'effectuer un versement au profit d'un policier de haut rang afin d'éviter l'inspection par la police des locaux où il menait ses activités illégales. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois, assortie d'une amende (*multa*) de 2500 EUR ».

¹¹²⁷ Cass. crim., 23 mars 1978, *Bull. crim.* 1978, n° 116. La théorie de la criminalité d'emprunt et la pertinence des solutions dégagées par la jurisprudence continuent néanmoins d'être discutées en doctrine. V., par ex., E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Lexis Nexis, 2014, pp. 678-679 et 753.

l'inconvénient de subordonner la répression du corrupteur à celle du corrompu et il est de règle classique qu'une tentative de complicité est en principe impunissable si le complice, malgré tous ses efforts, se voit lâché par l'auteur principal qui ne passe pas à l'acte : c'est la rançon du système de la complicité criminalité d'emprunt»¹¹²⁸. Par ailleurs, le raisonnement par analogie tenu par les juges maltais ne serait pas admis en droit français en raison de l'interprétation stricte du droit pénal. En l'espèce, cette analogie porte en outre sur une infraction de « corruption active d'un agent public », définie dans les conventions internationales, mais qui n'existe pas dans le code pénal maltais.

Si l'on met de côté les spécificités qui affectent le droit pénal général de chaque État membre, Malte semble couvrir toutes les hypothèses et engage des poursuites effectives sur chaque fondement juridique¹¹²⁹. Cet État membre décide de mettre l'accent sur l'infraction qu'il juge la plus grave, celle du corrompu. D'autres droits européens partagent d'ailleurs cet avis en prévoyant des sanctions moins lourdes dans le cadre de la corruption active¹¹³⁰. C'est peut-être la raison pour laquelle les examinateurs du GRECO n'ont pas émis de recommandation à ce sujet.

Néanmoins, plusieurs raisons justifient de s'opposer au maintien de la législation maltaise en l'état. En premier lieu, parce que les infractions maltaises restent imbriquées l'une à l'autre et le sort du corrupteur est intimement lié à la situation du corrompu. La peine applicable à la complicité dépendant de la peine applicable à la peine principale¹¹³¹, la répression du corrupteur dépend de l'acte accompli ou non par le corrompu. Ainsi, l'article 115(c) prévoit la peine la plus lourde pour l'agent ou le fonctionnaire qui a accepté la proposition afin qu'il s'abstienne puis qui s'est effectivement abstenu d'accomplir l'acte visé. Or, la décision d'exécuter le pacte déjà conclu, ou de renoncer à son exécution appartient entièrement au corrompu. Si celui-ci renonce à son projet, le corrupteur encourt donc une peine automatiquement moins lourde. De même, il apparaît nécessaire d'attendre la réception, l'acceptation ou le refus du fonctionnaire pour savoir si l'on se trouve dans l'hypothèse de la complicité ou dans celle de la tentative de

¹¹²⁸ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avr. 2014, n° 9.

¹¹²⁹ Rapport d'évaluation du GRECO sur Malte, 3^{ème} cycle, thème 1, 8 oct. 2009, para. 88.

¹¹³⁰ Par exemple, le droit lituanien (articles 225 et 227 du code pénal lituanien) ou la République tchèque (articles 331 et 332 du code pénal tchèque). V. Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur la Lituanie, Annexe 1 (législation), nov. 2012, pp. 21-23 ; Rapport d'évaluation du GRECO sur la République tchèque, 3^{ème} cycle, thème 1, 1^{er} avr. 2011, pp. 3-4.

¹¹³¹ Rapport d'évaluation du GRECO sur Malte, 3^{ème} cycle, thème 1, 8 oct. 2009, para. 9-11.

complicité. S'il n'est pas possible de prouver que l'agent public a accepté le pot-de-vin (ce qui constitue donc une preuve supplémentaire), le corrupteur ne pourra être poursuivi que pour tentative de complicité. La jurisprudence maltaise a estimé, en dehors de toute consécration légale, que « *plus le poste [occupé par un agent public] est élevé, plus grande est sa responsabilité et plus étendue son influence lorsqu'il se rend coupable de corruption, plus dangereux sont ses actes et plus sévères, par conséquent, doit être la peine* »¹¹³². Le poste occupé par l'agent public est donc déterminant dans la peine qui sera effectivement appliquée à cet agent public, et on peut se demander si par répercussion, elle ne sera pas nécessairement plus lourde pour le corrupteur. À l'inverse, il est possible de penser que l'accent est mis excessivement sur la faute de l'agent public, y compris dans le cadre de la corruption transnationale, et minore le rôle qu'a pu jouer le corrupteur. En définitive, malgré l'articulation spécifique du droit pénal maltais, il reste possible d'affirmer que « *le complice est cousu dans le même sac que l'auteur principal* »¹¹³³.

En deuxième lieu, le droit positif maltais est contraire tant à la lettre qu'à l'esprit des traités : si les textes internationaux consacrent l'autonomie des deux infractions, c'est précisément pour éviter aux États signataires de devoir connaître le régime juridique de chaque pays en matière de complicité et de tentative. Il apparaît moins intrusif de définir largement les infractions de corruption que de poser des obligations sur le droit pénal général des États membres. Aussi, le maintien du droit maltais ne favorise pas la confiance mutuelle et, par extension, la coopération internationale en matière de corruption.

En troisième lieu, l'obligation de traiter les États membres sur un pied d'égalité doit être mise en exergue. Il n'apparaît ainsi pas équitable d'imposer à la Lettonie, qui couvre toutes les situations, de supprimer toute référence à la tentative¹¹³⁴. De même, la Grèce a été obligée de faire évoluer son droit positif, malgré l'atteinte causée par les modifications demandées à la philosophie qui soutient l'ensemble de son code pénal¹¹³⁵.

Le premier rapport anticorruption de l'Union européenne se contente d'affirmer que les infractions de corruption sont conformes à la convention du Conseil de l'Europe¹¹³⁶.

¹¹³² Tribunal pénal maltais, 13 mars 2007, République de Malte c. Dr Patrick Vella LL.D.

¹¹³³ J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP*, 1952, I, 1034.

¹¹³⁴ V. *supra*, n° 553.

¹¹³⁵ V. *infra*, n° 558.

¹¹³⁶ La version anglaise du chapitre national du rapport anticorruption de l'UE relatif à Malte a conservé une coquille puisqu'elle renvoie à « *OECD Criminal Law Convention on Corruption* ». Il s'agit d'un amalgame entre « *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* » et « *Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption* ». La Commission

En 2011, dans son rapport de suivi sur la transposition de la décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, elle constate la conformité de Malte en matière de corruption passive, mais reste silencieuse sur la corruption active. La même conclusion est reprise dans le rapport anticorruption de l'UE de 2014. Or, le rapport émis dans le cadre des Nations Unies confirme que Malte n'a pas modifié sa législation¹¹³⁷. Il est donc possible de craindre, à moyen terme, qu'aucune explication et aucune réforme ne lui soit demandée tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne.

555. Roumanie. En ce qui concerne la transposition de l'élément moral, la Roumanie connaît la difficulté la plus évidente et résiste activement aux recommandations du GRECO. Ainsi, avant l'adoption de son nouveau code pénal, l'avantage indu devait être proposé à l'agent public afin qu'il exécute, n'exécute pas ou diffère l'exécution d'un acte relevant de ses fonctions¹¹³⁸. L'article ne couvrait donc pas la situation où l'agent public est, du fait de ses fonctions, en position d'effectuer un acte facilité par ses fonctions, mais qui n'en relèvent pas *stricto sensu*. La convention de Bruxelles fait ainsi référence à « *un acte de la fonction* » ou « *un acte dans l'exercice de sa fonction* ». Or, la Roumanie a maintenu cette restriction lors de l'adoption de son nouveau code pénal. Ainsi, le nouvel article 289 du code pénal roumain dispose : « *un acte relevant de ses fonctions et obligations professionnelles ou en relation avec le fait d'agir à l'encontre de celles-ci* ». Par cette restriction, la Roumanie cherche à ne pas confondre les corrompus des auteurs d'escroquerie qui induiraient le corrompé par le biais d'allégations mensongères¹¹³⁹. Elle décide donc de couvrir cette situation par le biais d'autres infractions comme l'usurpation de fonctions (article 300 du nouveau code pénal), la contrefaçon de documents officiels (article 320 NCP), le vol ou la destruction de documents (article 259 NCP), le détournement ou la destruction de preuves ou de documents (article 275 NCP) ou l'abus de fonction (article 297 NCP)¹¹⁴⁰. Néanmoins, le libellé de l'article 289 reste contraire aux exigences internationales et la Roumanie semble refuser de tenir compte de l'avis des examinateurs.

faisait ici nécessairement référence au Conseil de l'Europe et non à l'OCDE, puisque Malte n'a pas signé la convention de l'OCDE du 17 décembre 1997.

¹¹³⁷ Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur Malte, oct. 2014, p. 4.

¹¹³⁸ Code pénal roumain (ancien), art. 254.

¹¹³⁹ Deuxième rapport de conformité du GRECO sur la Roumanie, 3^{ème} cycle, thème, 1, déc. 2014, para. 12.

¹¹⁴⁰ Rapport de conformité intérimaire du GRECO sur la Roumanie, 3^{ème} cycle, thème 1, oct. 2015, para. 8.

Malgré cette problématique centrale touchant un État membre, qui concerne directement la transposition des instruments de l'UE, le rapport anticorruption de la Commission européenne en 2014 se contente souligner que le cadre légal est « *largement en place* », tout en prenant en compte le projet de réforme du code pénal en 2014. Or, le dernier rapport de conformité du GRECO paru en décembre 2015 confirme que l'entrée en vigueur du nouveau code pénal le 1^{er} février 2014 n'a pas permis de résoudre le champ d'application des infractions de corruption active et passive dans le secteur public.

556. Bulgarie. La Bulgarie semble connaître le même problème : les articles 301 paragraphe 1 (corruption passive) et 301 paragraphe 2 (corruption active) de l'ancien code pénal disposent que l'acte attendu de l'agent public doit être « *lié aux fonctions* ». La même exigence est étendue aux agents publics étrangers respectivement par les paragraphes 5 et 3 des articles susmentionnés¹¹⁴¹. L'Assemblée plénière de la Cour Suprême bulgare a cependant apporté des précisions qui peuvent laisser penser que l'expression doit être interprétée largement : « *de plus, l'agent public peut faire l'objet d'un acte de corruption lorsqu'il est membre d'un organe collectif ou lorsqu'il tire parti de ses fonctions officielles pour confier la commission de "l'acte lié à ses fonctions officielles" à un tiers placé sous son autorité* »¹¹⁴². Néanmoins, l'hypothèse où l'agent public commet personnellement un acte qui ne relève pas de ses fonctions, mais qui est commis dans l'exercice de celles-ci, n'apparaît pas couverte. Le dernier rapport de l'OCDE met en exergue cette problématique qui n'était toujours pas résolue en 2013¹¹⁴³. Néanmoins, à cette date, les autorités bulgares annonçaient déjà la volonté d'amorcer une réforme d'ampleur. Un nouveau code pénal est effectivement entré en vigueur le 30 septembre 2015 et remédie à certaines lacunes en étendant expressément, par exemple, les infractions de corruption aux situations où l'avantage indu est destiné à un tiers bénéficiaire¹¹⁴⁴. Néanmoins, il n'existe aucune traduction complète des nouveaux articles relatifs à la corruption dans le secteur public. Il s'avère donc difficile d'apprécier si la Bulgarie a fait droit à la demande de l'OCDE et s'est ainsi mise en conformité avec les définitions de la convention de Bruxelles.

¹¹⁴¹ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Bulgarie, 3^{ème} cycle, thème 1, oct. 2010, para. 10.

¹¹⁴² *Ibid.*, para. 18.

¹¹⁴³ Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur la Bulgarie, *Bulgaria : Follow-up to the phase 3 report & recommendations phase 3*, mai 2013, p. 6.

¹¹⁴⁴ Addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur la Bulgarie, 3^{ème} cycle, thème 1, 4 déc. 2015, para. 6-13.

557. Allemagne. L'Allemagne, dont le droit positif a déjà été évoqué¹¹⁴⁵, incrimine la corruption active et passive dans le secteur public, mais distingue l'acceptation ou l'octroi d'un avantage (articles 331 et 333 du code pénal allemand) qui supposent un avantage en échange d'un acte accompli dans l'exercice des fonctions, et l'acceptation ou l'offre d'un pot-de-vin (articles 332 et 334 du code pénal allemand) qui supposent d'attendre du corrompu un acte officiel accompli ou à accomplir dans le futur en violation de ses devoirs officiels. Le droit allemand étend l'application des articles 332 et 334 du code pénal aux agents publics étrangers ainsi qu'aux agents publics des autres États membres et de l'Union européenne. Néanmoins, les articles 331 et 333 du même code sont implicitement exclus. Aussi, ce qu'elle considère comme un « *filet de sécurité* »¹¹⁴⁶ en matière de corruption n'a pas été étendu aux agents publics étrangers.

Une telle articulation est conforme au premier protocole et à la convention de Bruxelles, puisque ces derniers permettent de restreindre l'incrimination à la violation des devoirs officiels¹¹⁴⁷. Pour autant, le droit allemand ne respecte pas le principe d'assimilation, « *principe classique du droit européen relatif à la protection des intérêts financiers* »¹¹⁴⁸, dégagé par la Cour de Justice : « *l'article 5 impose aux États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaire et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* »¹¹⁴⁹. Ce principe a par la suite été consacré dans les traités constitutifs¹¹⁵⁰ et, en 2008, la Commission a explicitement relevé cette lacune du droit allemand¹¹⁵¹.

Néanmoins, l'Allemagne refuse de modifier son droit positif dans le sens attendu. Ainsi, la loi allemande du 24 février 2014, qui a élargi l'infraction de corruption aux

¹¹⁴⁵ V. *supra*, n° 330.

¹¹⁴⁶ Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Allemagne, 3ème cycle, thème 1, 4 déc. 2009, para. 99.

¹¹⁴⁷ V. *supra*, n° 86.

¹¹⁴⁸ D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2ème éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 289-295.

¹¹⁴⁹ CJCE, 21 septembre 1989, Commission contre République hellénique, aff. C-68/88 (ECLI:EU:C:1989:339), Rec. 1989, p. 2965, point 24.

¹¹⁵⁰ TCE (Maastricht), art. 209A ; TCE (Amsterdam), art. 280 ; TFUE (Lisbonne), art. 325.

¹¹⁵¹ Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, p. 3.

agents publics élus, n'a pas remédié à cette problématique. La réforme de la loi anticorruption allemande prévue en 2016¹¹⁵² ne prévoit pas non plus de disposition à ce sujet. Cette réforme a notamment été entreprise pour permettre à l'Allemagne de ratifier la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe. Or, cette dernière n'autorise pas les États à limiter l'incrimination à la violation des devoirs officiels et les oblige à traiter sur un pied d'égalité les agents publics nationaux et étrangers par l'effet de son article 5¹¹⁵³. Par conséquent, l'Allemagne a annoncé qu'elle pourrait émettre une réserve pour pouvoir maintenir son droit positif¹¹⁵⁴. Il est donc étonnant que face à cette volonté renouvelée de l'Allemagne de ne pas se conformer au principe d'assimilation, la Commission n'en fasse pas *a minima* mention dans son rapport anticorruption 2014. Seule la directive PIF prévoit la suppression de cette limite, sans dérogation possible, et pourrait contraindre l'Allemagne à une réévaluation de sa position¹¹⁵⁵.

558. Grèce. L'extension récente du droit grec à tous les actes commis par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, qu'ils fassent ou non partie du champ de compétence de ce dernier, mérite d'être mise en exergue¹¹⁵⁶. En effet, les autorités grecques avaient avancé l'impossibilité d'une telle réforme et annoncé que la Commission chargée d'élaborer le nouveau Code pénal ne modifierait pas cette appréciation : « *dans la conception juridique grecque, l'incrimination de la corruption n'a pas pour but de protéger la moralité d'un agent public, mais le bon usage de son pouvoir. C'est pourquoi une offre de pot-de-vin est considérée comme une forme d'instigation ou de complicité, qui n'est qualifiée de corruption que lorsque la personne qui reçoit cette offre occupe des fonctions administratives ou politiques et lorsqu'il existe un lien causal entre le résultat illégal d'un acte de cette personne et ses fonctions officielles* »¹¹⁵⁷. Pourtant, moins de deux ans plus tard, les articles 235 (corruption passive) et 236 (corruption active) du code pénal grec ont consacré l'expression « *dans le cadre de l'exercice de ses fonctions* ». Malgré les difficultés présentées comme découlant d'une philosophie sous-jacente du code pénal (« *modifier cette conception remettrait en cause de façon majeure et*

¹¹⁵² Le projet de loi sur la corruption a été examiné par le *Bundesrat* le 26 février 2016.

¹¹⁵³ En ce sens, v. Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 4 déc. 2009, p. 34, note 31.

¹¹⁵⁴ Rapport de conformité du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 9 déc. 2011, para. 23.

¹¹⁵⁵ V. *supra*, n° 332.

¹¹⁵⁶ Deuxième rapport de conformité intérimaire du GRECO sur la Grèce, 3^{ème} cycle, thème 1, 20 juin 2014, para. 14-18.

¹¹⁵⁷ Rapport de conformité du GRECO sur la Grèce, 3^{ème} cycle, thème 1, 22 juin 2012, para. 13.

disproportionnée l'organisation théorique du Code »¹¹⁵⁸), il semble que la volonté politique ait permis une mise en conformité rapide.

B. Dans le secteur privé

559. Le rapport de la Commission sur la transposition de la décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé a mis en exergue une transposition inégale entre les États membres¹¹⁵⁹. L'évolution plus lente des cadres juridiques internes peut s'expliquer en partie par une pression moins forte sur les États étant donné qu'une telle incrimination n'est pas exigée par la convention de l'OCDE et n'est que facultative dans la convention des Nations Unies contre la corruption¹¹⁶⁰. Les articles 7 et 8 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe incriminent la corruption active et passive dans le secteur privé, mais certains États membres ont émis des réserves à ce propos lors de la ratification de l'instrument¹¹⁶¹.

560. La réticence de certains États membres se traduit par la volonté de restreindre, dans toute la mesure du possible, la définition de la corruption active et passive dans le secteur privé.

Il convient de rappeler que la décision-cadre de l'Union européenne est plus large que la convention du Conseil de l'Europe, cette dernière permettant de limiter l'infraction à un acte commis dans le cadre d'une activité commerciale, ce qui a pour effet d'exclure les entités à but non lucratif. L'article 2 de la décision-cadre vise au contraire les « *activités professionnelles au sein d'entités à but lucratif ou non lucratif* », tout en autorisant néanmoins les États membres à limiter le champ d'application, par une déclaration spéciale valable 5 ans, aux actes « *qui impliquent, ou pourraient impliquer une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux* ». Le Conseil devait réexaminer, avant le 22 juillet 2010, la possibilité pour les États membres de renouveler les déclarations, mais n'y a finalement procédé. Les

¹¹⁵⁸ *Idem.*

¹¹⁵⁹ V. *supra*, n^{os} 281. et s.

¹¹⁶⁰ L'article 21 de la convention des Nations Unies contre la corruption prévoit, à propos de la corruption dans le secteur privé, que « chaque Etat Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires [...] ».

¹¹⁶¹ La majorité des États membres ont aujourd'hui levé ces réserves ou ont uniquement restreint la portée des articles 7 et 8 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe. Les réserves actualisées sont publiées sur le site officiel du GRECO, URL : http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/declarations?p_auth=XwOk8nrY

déclarations sont donc devenues caduques¹¹⁶² : tous les États membres ont l'obligation de transposer entièrement les définitions de la décision-cadre.

561. Or, en 2011, plusieurs États membres continuaient de limiter le champ d'application de l'infraction aux distorsions concurrence. Parmi les pays qui, en 2011, limitaient le champ d'application de la corruption active et passive aux distorsions de concurrence, seule l'Autriche a modifié de façon satisfaisante son cadre juridique¹¹⁶³.

Ainsi, la Pologne n'a plus modifié l'article 296a de son code pénal depuis 2009, date où elle n'avait pas encore l'obligation de supprimer les restrictions mises en place. En 2015, elle limite donc toujours la définition de la corruption active et passive dans le secteur privé aux comportements entraînant des pertes, une concurrence déloyale ou constituant un acte de favoritisme inadmissible en faveur de l'acheteur ou du bénéficiaire de biens, services ou prestations¹¹⁶⁴.

Quant à l'Italie, malgré une récente réforme en 2012¹¹⁶⁵, la poursuite de l'infraction ne peut se faire *ex officio*, mais uniquement sur plainte de la victime, à l'exception des cas où il y a distorsion de concurrence dans le cadre de la fourniture de biens et de services.

562. La Belgique et le Luxembourg limitent l'incrimination de la corruption dans le secteur privé aux situations où il n'y a pas eu « *consentement du donneur d'ordre* »¹¹⁶⁶. Plusieurs éléments laissent penser que ces États membres ont conscience qu'il s'agit d'une condition supplémentaire, contraire à la décision-cadre. Tout d'abord, la Commission présente cette exigence comme une restriction dans son rapport de suivi. Ensuite, lors de la ratification de la convention pénale du Conseil de l'Europe, la Belgique a pris soin d'émettre une réserve sur ce point précis, anticipant les problèmes de conformité.

Or, le premier rapport anticorruption de la Commission estime que le Luxembourg a correctement transposé les définitions de la décision-cadre, renvoyant paradoxalement à sa propre évaluation de 2011 qui avait relevé la difficulté. Il est difficile d'y voir une validation implicite du droit luxembourgeois. Quant à la Belgique, la Commission n'a pas soulevé la problématique dans son rapport de suivi de 2011 ou dans son rapport

¹¹⁶² V. *supra*, n° 281.

¹¹⁶³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 20 sur l'Autriche, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.

¹¹⁶⁴ Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur la Pologne, juin 2015, p. 5.

¹¹⁶⁵ Loi italienne n° 190/2012.

¹¹⁶⁶ Code pénal belge, art. 504bis ; Code pénal luxembourgeois, art. 310 et 310-1.

anticorruption de 2014, malgré la réserve émise dans le cadre de la convention pénale du Conseil de l'Europe. Aussi, dans les deux cas, il est possible de craindre qu'il n'y ait plus d'évaluation postérieure.

563. D'autres États membres n'ont pas entièrement transposé les définitions de la décision-cadre, comme l'Espagne qui maintient une hypothèse de tentative de corruption passive¹¹⁶⁷. Les principales problématiques relevées ci-dessus permettent de constater l'insuffisance des transpositions, plus de 13 ans après l'adoption de la décision-cadre, mais également le suivi extrêmement variable de la Commission et du GRECO. Par ailleurs, ce n'est que dans son rapport de suivi sur la décision-cadre de 2011 que la Commission a procédé à un examen de la transposition de la responsabilité des personnes morales. Or, elle a relevé de nombreuses lacunes qui, dans la plupart des cas, peuvent être étendues à la responsabilité des personnes morales en cas de corruption active d'un agent public national ou étranger.

II. La transposition partielle de la responsabilité des personnes morales

564. La responsabilité des personnes morales pour des faits de corruption ne figure pas dans la convention de Bruxelles, mais dans le second protocole à la convention PIF¹¹⁶⁸ et dans la décision-cadre du 22 juillet 2003¹¹⁶⁹. Elle a constitué une évolution majeure pour le droit interne de la plupart des États membres, ces derniers ayant choisi soit une responsabilité pénale¹¹⁷⁰ soit une responsabilité administrative¹¹⁷¹. L'entrée en vigueur très tardive du second protocole démontre la difficulté à transposer une obligation dont la formulation est pourtant rapidement devenue un standard des instruments d'harmonisation du droit pénal substantiel de l'UE, voire au-delà, puisque la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption prévoit une disposition presque identique¹¹⁷².

565. Le suivi effectué par la Commission européenne s'est souvent avéré faible en se contentant de demander aux États membres d'introduire ce type de responsabilité en droit

¹¹⁶⁷ Deuxième addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur l'Espagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 4 déc. 2015, para. 21.

¹¹⁶⁸ V. *supra*, n^{os} 119. et s.

¹¹⁶⁹ V. *supra*, n^{os} 253. et s.

¹¹⁷⁰ Par ex., la France.

¹¹⁷¹ Par ex., l'Allemagne.

¹¹⁷² Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, art. 18.

positif¹¹⁷³. C'est essentiellement par le biais de l'évaluation de la corruption dans le secteur privé en 2011 que la Commission a relevé les difficultés persistantes dans de nombreux États membres¹¹⁷⁴.

566. La principale lacune concerne les règles d'imputation de la responsabilité des personnes morales. En effet, certains États membres, comme la France ou l'Italie¹¹⁷⁵, ne prévoient toujours pas une telle responsabilité en cas de défaut de surveillance (2^{ème} mode d'imputation)¹¹⁷⁶.

Le droit français est à cet égard l'un des plus ambigus, puisqu'il ne consacre expressément qu'une responsabilité pénale par représentation (1^{er} mode d'imputation), mais dont la portée est sans cesse étendue par la jurisprudence. L'affaire Sagem illustre la volonté des juges de ne pas laisser impunie la personne morale, même lorsqu'il n'est pas possible de prouver avec certitude qu'un représentant de l'entreprise a commis l'infraction. En l'espèce, l'électricien français Sagem avait obtenu en 2001 un contrat de 171 millions d'euros pour la fourniture de 70 millions de cartes d'identité au Nigéria. Lors d'un colloque organisé en 2005, le président nigérian, Olusegun Obasanjo, accuse Sagem (devenu la même année Safran) d'avoir commis des actes de corruption active d'agents publics étrangers : « *Sagem n'avait pas besoin de graisser la patte de qui que ce soit, mais malheureusement, vous l'avez fait* »¹¹⁷⁷. Le montant des pots-de-vin aurait oscillé entre 22 800 € et 380 600 €, et d'autres cadeaux auraient été remis comme des montres de luxe. À la suite de différentes commissions rogatoires internationales, une information judiciaire est ouverte en France le 21 janvier 2006¹¹⁷⁸. L'enquête s'est spécialement intéressée à certains cadres de l'entreprise et a établi l'existence de flux financiers illicites à travers plusieurs sociétés-écrans. Toutefois, la connaissance des malversations par les

¹¹⁷³ Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final, pp. 5-8.

¹¹⁷⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, pp. 7-8.

¹¹⁷⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 12 sur l'Italie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 14.

¹¹⁷⁶ Cette lacune a déjà été étudiée en détail dans le cadre des instruments d'harmonisation du droit pénal substantiel. V. *supra*, renvoyer vers le IA et le IB.

¹¹⁷⁷ « Safran jugé en appel pour une affaire de corruption au Nigeria », *La Voix du Nord* [En ligne], 17 sept. 2014, URL : <http://www.lavoixdunord.fr/economie/safran-juge-en-appel-pour-une-affaire-de-corruption-au-nigeria-ia0b0n2384987>

¹¹⁷⁸ S. CLEMENT, « Corruption d'agent public étranger et responsabilité pénale de la personne morale : l'acte manqué de la cour d'appel de Paris », *AJ Pénal*, 2015, pp. 253 et s.

dirigeants de l'entreprise était incertaine pour le juge d'instruction¹¹⁷⁹ : le juge Renaud Van Ruymbeke avait alors estimé qu'il n'était pas prouvé que les supérieurs des cadres soupçonnés aient « *eu personnellement connaissance des faits de corruption* »¹¹⁸⁰. Malgré ce doute, par un jugement en date du 5 septembre 2012, le Tribunal correctionnel de Paris a condamné le groupe Safran à une amende de 500 000 € du chef de corruption active d'agents publics étrangers. En effet, les juges ont estimé que les flux financiers illicites vers les comptes des agents publics nigériens matérialisaient la corruption¹¹⁸¹. Pour imputer l'infraction à la personne morale, le tribunal s'est alors fondé sur « *la structure hiérarchisée de la société et la parfaite connaissance des dirigeants des comportements répréhensibles des salariés par la hiérarchie* ». Les employés mis en cause ont dans le même temps été relaxés, car les juges ont estimé qu'ils ne disposaient d'une autonomie décisionnelle suffisante, se contentant de mettre œuvre « *la politique commerciale de la société au Nigeria* »¹¹⁸². Arguant de la bonne foi de ses dirigeants¹¹⁸³, la société Safran a interjeté appel. La Cour d'appel de Paris a finalement, dans un arrêt en date du 7 janvier 2015, infirmé le jugement de 1^{ère} instance et prononcé la relaxe de Safran, sans se prononcer sur l'imputabilité de l'infraction à la personne morale. En effet, il convient de rappeler que les faits remontant au début des années 2000, la France n'incriminait la corruption active d'agents publics étrangers que si l'avantage versé avait pour but d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international¹¹⁸⁴. Or, en appel, les juges du fond ont estimé que l'infraction n'était pas suffisamment caractérisée, car l'entreprise n'avait jamais couru le risque de perdre le marché : « *aucun élément du dossier ne permet de retenir que la Sagem ait à un quelconque moment couru le risque de perdre le contrat* »¹¹⁸⁵.

¹¹⁷⁹ E. SEASSAUD, « La lutte contre la corruption en droit anglais, américain et français : une approche comparée », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 710, juillet 2013, étude 10, pp. ____.

¹¹⁸⁰ « Safran jugé en appel pour une affaire de corruption au Nigeria », *La Voix du Nord* [En ligne], 17 sept. 2014, URL : <http://www.lavoixdunord.fr/economie/safran-juge-en-appel-pour-une-affaire-de-corruption-au-nigeria-ia0b0n2384987>

¹¹⁸¹ C. CUTAJAR, « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France », *AJ Pénal*, 2015, pp. 340 et s.

¹¹⁸² S. CLEMENT, *op. cit. & loc. cit.*

¹¹⁸³ Communication officielle de la société Safran du 5 septembre 2012, URL : http://www.safran-group.com/fr/media/20120905_communication-safran

¹¹⁸⁴ Code pénal (loi du 30 juin 2000), art. 435-3.

¹¹⁸⁵ CA Paris, 7 janv. 2015, arrêt n° 12/08695 : « Qu'au-delà des flux financiers analysés il n'existe au dossier aucune preuve suffisante que les fonds susceptibles d'avoir été reçus par les uns et les autres aient été destinés à l'accomplissement ou à l'absence d'accomplissement d'un acte de leurs fonctions par les bénéficiaires, aucun élément concret du dossier ne l'établissant et les déclarations des intéressés sur ce point étant par trop variables et sujettes à caution ;

Il est donc particulièrement regrettable que la Cour d'appel n'ait pas eu à se prononcer sur l'imputabilité de l'infraction à la personne morale. Néanmoins, la référence par les juges de 1^{ère} instance à la « *structure hiérarchisée de la société* » et à sa « *politique commerciale* » tend à démontrer la difficulté à engager la responsabilité des personnes morales pour corruption : il est sous-entendu, par un raisonnement indirect, que les dirigeants ne pouvaient pas ignorer l'infraction. Ce raisonnement semble particulièrement proche d'une responsabilité organisationnelle. À supposer l'infraction établie, il aurait d'ailleurs été beaucoup plus facile pour les juges du fond d'engager la responsabilité de la personne morale en raison d'un défaut de surveillance des dirigeants.

567. D'autres griefs peuvent être émis à l'encontre des États membres concernant la responsabilité des personnes morales. Ainsi, Malte refuse de condamner une personne morale si une personne physique représentant l'entreprise n'a pas été préalablement condamnée¹¹⁸⁶. À l'inverse, l'article 5 alinéa 2 du code pénal belge crée un concours de responsabilité entre les personnes morales et les personnes physiques : « *lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable* ». Ainsi, dans « l'affaire des fausses factures de l'armée »¹¹⁸⁷, les juges ont estimé que la faute la plus grave ne revenait pas aux trois personnes morales prévenues et les ont donc relaxées¹¹⁸⁸. Le droit belge n'exclut pas entièrement le cumul des poursuites, les personnes morales étant généralement poursuivies en tant que coauteur¹¹⁸⁹s. Néanmoins, dans certaines affaires, l'exonération totale de la responsabilité des personnes morales reste possible si la personne physique a commis la faute la plus grave.

Qu'au regard de ces éléments approximatifs, l'infraction de corruption active de personnes dépositaires de l'autorité publique dans un État étranger, en l'espèce le Nigéria, est insuffisamment caractérisée tant en vue de l'obtention du contrat des CNI sécurisées en date du 22 août 2001 par la Sagem que de son exécution ».

¹¹⁸⁶ Code pénal maltais, art. 121D ; v. Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur Malte, oct. 2014, p. 5.

¹¹⁸⁷ « Des militaires belges jugés pour une fraude de 10 millions d'euros », *La Libre* [En ligne], 16 janv. 2012, URL : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/des-militaires-belges-juges-pour-une-fraude-de-10-millions-d-euros-51b8e412e4b0de6db9c523c9>

¹¹⁸⁸ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Belgique, Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, phase 3, oct. 2013, pp. 17-18.

¹¹⁸⁹ *Idem*.

568. Les lacunes évoquées ci-dessus ne sont pas exhaustives, mais permettent de constater la faible transposition par les États membres en matière de responsabilité des personnes morales. Les traités internationaux relatifs à la lutte contre la corruption, à l'exception de la convention de Bruxelles, et dans le cas de l'OCDE, sa Recommandation de 2009, prévoient l'obligation pour les États de transposer les deux modes d'imputation de la responsabilité aux personnes morales. Dans sa décision-cadre de 2011, la Commission estime que les États qui n'ont pas transposé les deux modes d'imputation n'ont effectué qu'une transposition partielle de la décision-cadre du 22 juillet 2003. Néanmoins, dans la majorité des cas, les rapports de suivi des différentes organisations internationales relèvent la lacune, mais se gardent de formuler une recommandation à ce sujet. La tolérance en la matière à l'égard des États membres paraît consacrer, pour le moment, une autorisation implicite de maintenir une transposition partielle.

Section II. La « conformité subjective » : l'harmonisation impossible des dispositions vagues

569. Afin de parvenir à un consensus, des dispositions particulièrement vagues ont été insérées dans les instruments intergouvernementaux du 3^{ème} pilier et n'ont ainsi entraîné qu'une faible harmonisation des législations européennes. Dès lors, la conformité des droits nationaux aux prescriptions internationales fait l'objet d'une appréciation purement subjective des évaluateurs internationaux. À titre d'exemple la Commission européenne, se fondant sur les travaux du GRECO, demande à l'Allemagne dans son propre rapport anticorruption d'étendre l'incrimination de la corruption active et passive à tous les élus, alors qu'aucune obligation ne pèse sur cet État en la matière¹¹⁹⁰. De même, l'hétérogénéité des sanctions résulte directement du standard imprécis de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. Toutefois, certaines dichotomies incohérentes dans le droit interne sont souvent identifiées comme l'un des principaux obstacles à une répression efficace de la corruption.

Aussi, les évaluateurs ont mis en exergue la nécessité d'étendre le champ d'application des infractions de corruption aux élus corrompus (I) et d'accentuer la sévérité des sanctions pénales et administratives (II).

¹¹⁹⁰ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 5 sur l'Allemagne, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 10.

I. L'extension du champ d'application aux élus corrompus

570. Chaque instrument international relatif à la lutte contre la corruption donne une définition différente du fonctionnaire ou de l'agent public. Cette définition peut soit être autonome (Convention de l'OCDE et Convention des Nations Unies) ou renvoyer au droit national (conventions de l'UE et convention pénale du Conseil de l'Europe).

571. Aussi, sous l'impulsion des évaluations par les pairs, la notion d'agent public est progressivement étendue par les États membres.

Ainsi, l'Allemagne a pendant très longtemps restreint la corruption active et passive à la vente ou à l'achat de voix dans un scrutin ou une élection au Parlement européen, à une assemblée de la Fédération, aux Länder, aux communes ou aux groupements de collectivités. Néanmoins, une loi du 21 février 2014 a modifié l'article 108e du code pénal allemand et a étendu l'infraction à tous les avantages indus en échange d'un acte ou d'une abstention sur demande ou instruction dans l'exercice du mandat d'un élu. Il reste une incertitude concernant la « *demande ou instruction* » et l'Allemagne souligne que cette expression doit être interprétée largement. Il oblige à rechercher un lien entre l'avantage et l'acte dans l'exercice du mandat, puisque dans cette situation, l'élu n'exerce plus son mandat librement au sens de l'article 38 de la Loi fondamentale allemande¹¹⁹¹. Néanmoins, il est possible de se demander si ce n'est pas d'une nouvelle manière de restreindre la définition à certains actes.

572. La Finlande connaît un problème similaire puisqu'elle limitait la corruption à la promesse, l'offre ou le don d'un cadeau ou d'un avantage afin qu'un membre du Parlement agisse, dans le cadre d'un mandat parlementaire, de manière à ce qu'une question examinée (ou devant être examinée) par le Parlement soit tranchée dans un certain sens¹¹⁹². La Finlande a modifié l'article 14 a(1) du chapitre 16 de son Code pénal à « *toute personne qui promet, offre ou donne à un membre du Parlement un cadeau ne pouvant être assimilé à un acte d'hospitalité ordinaire ou un autre avantage illicite — destiné à celui-ci ou à un tiers — afin que l'intéressé agisse en échange, dans le cadre de son mandat parlementaire, d'une certaine manière ou qu'il s'abstienne d'agir d'une certaine manière ou afin de le récompenser pour une telle action, étant entendu que l'acte en question est*

¹¹⁹¹ Troisième rapport de conformité intérimaire du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, oct. 2014, pp. 3-6.

¹¹⁹² Rapport d'évaluation du GRECO sur la Finlande, 3^{ème} cycle, thème 1, déc. 2007, para. 31.

de nature à porter une atteinte sérieuse à l'indépendance de l'exercice du mandat parlementaire »¹¹⁹³. Or, l'expression « l'acte en question est de nature à porter une atteinte sérieuse à l'indépendance de l'exercice du mandat parlementaire » semble continuer à restreindre la portée de l'infraction.

573. La Commission européenne, dont le rapport a été émis antérieurement à la réforme allemande destinée à faciliter la ratification de la convention pénale du Conseil de l'Europe, n'a pas suivi sur un pied d'égalité les législations allemandes et finlandaises. Ainsi, elle ne mentionne pas les restrictions de la loi finlandaise, mais appuie fortement sur celles de la loi allemande allant jusqu'à émettre une recommandation à ce sujet¹¹⁹⁴, alors que les conventions du 3^{ème} pilier autorisent les États membres à ne pas considérer les élus comme des fonctionnaires, si leur définition nationale ne le prévoit pas. Cependant, la proposition de directive PIF, qui prévoit une définition autonome de l'agent public, est néanmoins cohérente avec la volonté d'assurer l'harmonisation d'une définition large de l'agent public¹¹⁹⁵.

II. L'hétérogénéité des sanctions pénales et administratives

574. La convention de Bruxelles et le premier protocole à la convention PIF imposent aux États membres d'adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, incluant des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition au moins dans les cas graves¹¹⁹⁶. Comme il l'a déjà été souligné lors de l'examen de la proposition de directive PIF, cette formulation vague n'a pas permis une harmonisation satisfaisante entre des droits européens et a pu laisser subsister des mécanismes complexes de gradation des sanctions¹¹⁹⁷. L'un des principaux objectifs de la future directive PIF est donc d'assurer un plus grand degré d'harmonisation en définissant précisément un niveau

¹¹⁹³ Deuxième rapport de conformité du GRECO sur la Finlande, 3^{ème} cycle, thème 1, déc. 2011, para. 14.

¹¹⁹⁴ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 5 sur l'Allemagne, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 10 : « veiller à ce que des sanctions pénales et administratives dissuasives soient en place dans des domaines clés tels que la corruption passive et active des élus à tous les échelons de l'État ».

¹¹⁹⁵ V. *supra*, n° 308.

¹¹⁹⁶ V. *supra*, n°s 89. et 247.

¹¹⁹⁷ V. *supra*, n°s 345. et s.

commun de sanction minimale. Néanmoins, ces évolutions se limiteront à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

575. Le rapport transversal du GRECO relatif au 3^{ème} cycle d'évaluations identifie trois dichotomies dans le droit interne des États évalués. Il est possible de reprendre ici ces dichotomies, toujours pertinentes dans le contexte plus restreint des États membres de l'UE.

La première dichotomie est la distinction entre une infraction de base et une infraction aggravée. L'infraction de base est moins sévèrement sanctionnée et correspond généralement aux hypothèses où il est demandé au fonctionnaire d'accomplir un acte qui n'est pas contraire à ses devoirs officiels¹¹⁹⁸. L'infraction peut être aggravée lorsqu'il y a un acte ou une omission illégaux. Ainsi, à l'issue d'une réforme intervenue en 2009, l'article 253 du code pénal hongrois prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement en cas de corruption active d'un agent public, mais porte la peine à un à cinq ans d'emprisonnement si l'avantage était destiné à l'inciter à violer les devoirs de sa fonction. Lorsqu'une telle gradation est prévue en droit interne, la sanction de l'infraction de base peut parfois apparaître trop faible. À titre d'exemple, les Pays-Bas ne prévoient qu'une peine de deux ans d'emprisonnement dans les cas les plus faibles, ou l'Espagne qui, dans certains cas, ne prévoit aucune peine d'emprisonnement. Le droit interne des États membres peut d'ailleurs s'avérer plus complexe en fonction du niveau de peine : ainsi, dans le droit hongrois évoqué ci-dessus, puisque la peine d'emprisonnement n'est que de trois ans pour l'infraction de base, celle-ci peut être remplacée par une combinaison d'autres sanctions comme des travaux d'intérêt collectif, des sanctions pécuniaires, l'interdiction d'exercer une profession, la suspension du permis de conduire ou encore l'expulsion de Hongrie pour les étrangers¹¹⁹⁹.

La deuxième dichotomie est celle que l'on peut observer entre la corruption active et la corruption passive. En effet, de nombreux États membres estiment que la corruption passive d'un agent public est une infraction plus grave. Le GRECO constatant beaucoup d'occurrences en Europe orientale, il avance l'hypothèse que ces États sont intolérants à la corruption systémique du secteur public en raison de leur sortie récente d'un système totalitaire. Il concède cependant que ce phénomène n'est pas restreint à ce type d'États. En effet, il est possible de souligner d'une manière plus large la spécificité de l'atteinte

¹¹⁹⁸ V. *supra*, n° 557.

¹¹⁹⁹ Rapport d'évaluation du GRECO sur la Hongrie, 3^{ème} cycle, thème 1, juin 2010, para. 22.

causée par la corruption dans le secteur public : « *à bien y regarder, le plus inquiétant dans la corruption n'est pas tant la confusion entre le privé et le public que le fait que la règle est transgressée par celui-là même qui doit la faire respecter* »¹²⁰⁰. Néanmoins, si l'accent est très fortement porté sur l'agent public corrompu, il est possible de craindre une répression trop faible du corrupteur et souvent des sanctions faibles en cas de corruption dans le secteur privé.

La troisième dichotomie est le clivage entre le secteur public et le secteur privé. Pour le GRECO, il s'agit de la différence la plus notable, à laquelle il est nécessaire de remédier car le rapport explicatif de la convention pénale du Conseil de l'Europe s'exprime clairement en faveur d'une réduction des différences. Il est difficile de tenir le même raisonnement vis-à-vis des instruments de l'Union européenne. En effet, la convention de Bruxelles ne prévoit aucune sanction précise alors que l'article 4 paragraphe 2 de la décision-cadre du 22 juillet 2003 estime qu'un État membre a satisfait à ses obligations dès lors que l'infraction est passible d'une peine maximale d'au moins 1 à 3 ans d'emprisonnement¹²⁰¹. De surcroît, il est difficile de déduire une répression insuffisante par la simple constatation d'un écart entre la répression de la corruption dans le secteur privé et le secteur public. Ainsi, le GRECO met en exergue le droit finlandais qui punit la corruption dans le secteur privé de 2 ans d'emprisonnement alors que la corruption dans le secteur public est punie de 6 ans d'emprisonnement. Or, il serait possible d'affirmer que la sanction dans le secteur privé est trop faible (bien que conforme à la décision-cadre) non pas en raison de l'écart entre les deux infractions, mais en raison de l'importance des intérêts protégés (notamment développement des relations sociales et économiques, distorsions de concurrence, privatisations). Il serait alors possible d'en déduire la nécessité d'élever les sanctions prévues par la décision-cadre et éventuellement créer une échelle de valeurs en réprimant plus fortement la corruption dans le secteur public. Ici, le GRECO semble se substituer à l'appréciation des États sur l'articulation des infractions en droit interne. Ainsi, aucune même remarque n'a été émise sur ce sujet à l'encontre la France qui pourtant réprime la corruption privée d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et la corruption publique de 10 ans d'emprisonnement, l'écart entre les deux infractions étant donc supérieur à celui de la Finlande.

¹²⁰⁰ A. GARAPON, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, n° 402, févr. 2014, pp. 19-30, spéc. p. 24.

¹²⁰¹ V. *supra*, n° 248.

576. L'hétérogénéité des droits positifs en matière de sanction ne se résume pas aux trois dichotomies susmentionnées. Ainsi, Malte a aggravé les peines d'emprisonnement par une loi entrée en vigueur le 14 juin 2013¹²⁰², mais ne prévoit aucune peine d'amende tant pour la corruption d'agents publics que pour celle dans le secteur privé, par l'effet du renvoi opéré par l'article 121(3) du code pénal maltais. L'absence de sanctions alternatives ou complémentaires (une interdiction générale pour les agents publics est tout de même possible au terme de l'article 119 du code pénal maltais) explique peut-être que Malte n'ait toujours pas transposé l'article 4 paragraphe 3 de la décision-cadre qui oblige les États membres à prévoir, dans certains cas, la déchéance temporaire du droit d'exercer l'activité professionnelle en cause ou une activité professionnelle comparable dans une position ou une fonction similaire. Le rapport de suivi de la Commission avait pourtant souligné la carence¹²⁰³, mais la loi postérieure du 14 juin 2013 ne semble pas en avoir tenu compte et était essentiellement tournée vers la conformité à la convention pénale du Conseil de l'Europe.

¹²⁰² Deuxième rapport de conformité du GRECO sur Malte, 3^{ème} cycle, thème 1, déc. 2013, para. 16-20.

¹²⁰³ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, p. 7.

CHAPITRE II – L'intégration des mesures anticorruption face à l'ineffectivité des processus répressifs

577. S'il existe toujours des difficultés de transposition, tous les États membres de l'Union européenne incriminent la corruption nationale et transnationale tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Or, loin de mettre fin aux scandales de corruption, l'évolution des cadres juridiques n'a permis d'aboutir qu'à peu de condamnation en matière de corruption transnationale au sein des États membres. Les condamnations récentes des entreprises européennes par des juridictions étrangères, notamment américaines, tendent à démontrer l'ineffectivité des processus répressifs européens :

LES PRINCIPALES CONDAMNATIONS DES ENTREPRISES EUROPEENNES POUR CORRUPTION HORS DE L'UE						
Année	PM / PP	Nationalité	Activité	Faits reprochés	Autorités	Montant des sanctions
2016	VimpelCom	NL	Télécommunication	Corruption d'un agent public ouzbek pour obtenir un marché,	SEC (US)	SEC - \$ 167,5 millions DoJ - \$ 230,1 \$ millions Autorité néerlandaise - \$ 397,5 millions
2016	SAP	SE (DE)	Logiciel	Les lacunes des procédures internes de prévention ont permis à un cadre de payer des pots-de-vin pour obtenir un marché au Panama.	SEC (US)	SEC - \$ 3,7 millions \$ 188 896 - Prejudgment interests
2013	Total	FR	Pétrole et Gaz	Versement de pots-de-vin à des intermédiaires des membres du gouvernement iranien dans le but qu'ils favorisent l'obtention de contrats ayant pour objet le développement de champs de pétrole et de gaz.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 153 millions DoJ- \$ 245,2 millions
2013	Philips	NL	Santé	Paiements indus par des employés d'une filiale polonaise à des agents publics polonais travaillant dans le secteur de la santé.	SEC (US)	SEC - \$ 3,1 millions - Disgorgement \$ 1,4 million - Prejudgment interests
2013	Cadres de Siemens	DE	Haute Technologie	Participation au schéma de corruption ayant permis à Siemens de conserver un marché public d'1 milliard de dollars pour produire des cartes d'identité pour les citoyens argentins.	SEC (US)	SEC - \$ 275 000 - Sanction civile
2012	Allianz	SE DE	Assurance	Violation des obligations comptables et de contrôle interne posées par le FCPA afin de verser des sommes indues à des agents publics en Indonésie. Le profit est estimé à 5,3 millions de dollars.	SEC (US)	SEC - \$ 5,3 millions - Disgorgement \$ 1,8 millions - Prejudgment interest \$ 5,3 millions d'amende (penalty)

2012	Biomet	PL	Matériel médical	Versement, par des filiales et agents, de pots-de-vin à des docteurs publics en Argentine, au Brésil et en Chine pendant près de 10 ans pour obtenir des marchés.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 4,43 millions - Disorgement \$ 1,14 millions - Prejudgement interest DoJ - \$ 17,28 millions d'amende
2012	Smith & Nephew	UK	Matériel médical	Les filiales américaines et allemandes ont versé des pots-de-vin à des docteurs en Grèce pendant près de 10 ans pour obtenir des marchés.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 5,4 millions - Disorgement and prejudice interest DoJ - \$ 16,8 millions
2011	Magyar Telekom Deutsche Telekom (société mère)	HU DE	Télécommunication	Versement de sommes indues par des cadres de haut rang d'agents publics appartenant au gouvernement et à un parti politique en Macédoine et au Monténégro.	SEC & DoJ (US)	Magyar Telekom SEC - \$ 31,2 millions DoJ - \$ 59,6 millions Deutsche Telekom 4,36 millions (DoJ).
2011	AON	GB	Assurance	Violation des obligations comptables et de contrôle interne posées par le FCPA.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 14,5 millions DoJ - \$ 1,7 million
2011	Tenaris	LU	Production de tuyaux en acier	Versement de sommes indues à des agents publics ouzbeks lors d'un appel d'offres pour la construction d'un oléoduc transportant du pétrole et du gaz.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 5,4 millions DoJ - \$ 3,9 millions
2010	Alcatel-Lucent	FR	Télécommunication	Recours à des consultants qui ont effectué peu ou pas de travail légitime, mais ont acheminé des pots-de-vin à des agents publics étrangers pour remporter des contrats en Amérique latine et en Asie.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 45 millions DoJ - \$ 92 millions
2010	Technip SA	FR	Construction	Versement de pots-de-vin à des agents gouvernementaux Nigérien sur une période de 10 ans pour obtenir des contrats de construction d'installations de production de gaz naturel liquéfié (GNL).	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 98 millions DoJ - \$ 240 millions

2010	Daimler AG	DE	Automobile	Versement de pots-de-vin à des fonctionnaires étrangers pour sécuriser des affaires en Asie, Afrique, Europe orientale et Moyen-Orient.	SEC & DoJ (US)	SEC - \$ 91,4 millions DoJ - \$ 93,6 millions
2010	Snamprogetti and ENI	IT NL	Construction	Versement de pots-de-vin à des agents gouvernementaux Nigérian sur une période de 10 ans pour obtenir des contrats de construction d'installations de production de gaz naturel liquéfié (GNL).	SEC & DoJ (US)	ENI et Snamprogetti SEC - \$ 125 millions - Disorgement Snamprogetti DoJ - \$ 240 millions
2010	BAE Systems	UK	Armement	Fausse déclarations sur le programme de conformité anticorruption (FCPA) et violation de la législation sur les armes	DoJ (US)	DoJ - \$ 400 millions
2008	Siemens	DE	Haute technologie	Versement de pots-de-vin not. pour l'obtention de marchés dans les secteurs de la construction (Vénézuéla), de l'énergie (Israël), des ressources naturelles (Mexique), les telecoms (Bangladesh).	SEC & DoJ (US)	SEC- \$ 350 millions - Disorgement DoJ - \$ 450 millions
<p>© Hadrien Zanin, 2016 Sources : US Security and Exchange Commission https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml (juillet 2016); Freshfields Bruckhaus Deringer. <i>Review of enforcement activity. Global investigations Bribery and corruption. Recent enforcement activity in the UK and US (mai 2012)</i>; DARGHAM C., MARHUENDA M., <i>Lutte contre la corruption internationale - État des lieux, Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2014, dossier 29</i></p>						

PRINCIPALES CONDAMNATIONS POUR CORRUPTION DU GROUPE ALSTOM

Année	Poursuites	Faits reprochés	Sanctions
2004	Mexique	Corruption d'agents nationaux pour remporter des marchés publics	Condamnation d'Alstom International pour corruption d'AP mexicains. Amende : 31 000\$ US. Peine complémentaire : exclusion des appels d'offres publics pour deux ans. En juillet 2007, la condamnation est confirmée en appel.
2008	Italie	Versement de pots-de-vin à deux cadres supérieurs d'Enel Power (chaudière pour centrale électrique en Sardaigne). Passage d'argent par la Suisse.	Condamnation d'un ancien dirigeant d'Alstom SA et de deux filiales (Alstom Power et Alstom Prom AG devenue Alstom Network Schweiz AG) à payer pour rembourser l'Etat italien pour le montant de la corruption, 597,220 euros, et de payer une amende de 240.000 euros.
2008	BERD	Soupçons par la Commission Slovène pour la Prévention de la Corruption, rendus publics, d'acte de corruption pour obtenir un marché portant sur la construction d'une nouvelle centrale électrique.	Suspension du versement du prêt par la BERD.
2011	Suisse	Versement de pots-de-vin à des officiels dans 3 pays (Lettonie, Tunisie et Malaisie).	Indemnité compensatrice de 36,4 millions de Francs Suisses (42 millions d'euros)
2012	Banque Mondiale	Versement d'une commission occulte de 110 000 € à des officiels zambiens pour assurer l'obtention d'un marché public dans le cadre d'un projet financé par la Banque mondiale.	Condamnation d'Alstom Hydro France et Alstom Network Schweiz AG, ainsi que leurs filiales : exclusion des appels d'offres de la Banque Mondiale pour 3 ans.
2012	Indonésie	Versement de pots-de-vin de 300.000 \$ à un politicien indonésien pour remporter un projet de construction d'une centrale à charbon en 2004	Perquisition de bureaux de PT Alstom Indonesia.

2014	Etats-Unis	Certains officiels et employés ont versé des pots-de-vin à des officiels en Indonésie, Egypte, Arabie Saoudite, Bahamas et Taïwan pour remporter des contrats. Montant des pots-de-vin : 75 millions de dollars. Montant des marchés ainsi obtenus : 4 milliards de dollars.	Accord avec le DoI : amende de 772,29 millions de dollars (630 millions d'euros), doublée d'une sanction de suivi d'un programme de "compliance" sur 3 ans.
2015	Brésil	Pots-de-vin versés à des fonctionnaires de l'administration de Sao Paulo par la filiale brésilienne d'Alstom pour des contrats d'énergie et de construction de métro (Sao Paulo, Brasilia not.). Corruption remontant à de nombreux faits depuis 1998	Gèle de 91 millions d'euros d'avoir par le gouvernement brésilien. Enquête en cours.

© Hadrien Zanin, 2016

Sources :

Sherpa. Note d'information n°1. Corruption internationale –changer les pratiques: L'affaire Alstom (2015) https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2015/06/Changer-les-pratiques-exemple-Alstom_30juin-final.pdf

Transparence International Progress Report 2008, 2009, 2011 – OECD Anti-Bribery Convention

Ministère public de la Confédération Suisse, 22 novembre 2011 : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42300>

<http://www.leparisien.fr/economie/corruption-alstom-condamne-a-772-millions-de-dollars-d-amende-aux-etats-unis-23-12-2014-4395653.php>

<http://www.lhejakartapost.com/news/2012/07/28/emir-enjoyed-wine-entertainment-paris.html>

Communiqué de presse de la Banque mondiale, 22 février 2012 :

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ACCUEIL/EXTN/NEWSFRENCH/0,contentMDK:33123585-pagerPK:64257043-pitPK:437376-theSitePK:1074931,00.html>

<https://www.asso-sherpa.org/corruption-dagent-public-etranger-sherpa-souligne-la-portee-de-la-condamnation-dtr-groupe-safran#15cgsfXix4 - 2012>

http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/02/03/la-justice-bresilienne-gele-90-millions-d-euros-d-alstom-pour-corruption-presumee_4569200_3234.html#rUFxBgDBGxPwQeIk.99

578. Il résulte de ce qui précède que l'efficacité de la lutte anticorruption dépend étroitement de l'effectivité des processus répressifs nationaux¹²⁰⁴.

Aussi, dans sa communication de 2011, la Commission européenne adopte une stratégie visant à intégrer les mesures anticorruption dans chacune des politiques de l'Union : « *outre la surveillance et la mise en œuvre renforcées des instruments juridiques existants, la lutte anticorruption devrait, dans le cadre d'une approche globale, faire partie intégrante de toutes politiques de l'UE concernées, tant internes qu'externes* »¹²⁰⁵. L'une des priorités est ainsi de remédier aux carences des mécanismes de détection (Section I). Toutefois, les pouvoirs discrétionnaires des États membres présentent toujours des garanties insuffisantes sur lesquelles l'Union européenne n'exerce pour le moment qu'une faible influence (Section II).

Section I. Les carences des mécanismes de détection

579. Dès 2003, la Commission européenne met en exergue les obstacles particuliers liés à la détection de la corruption¹²⁰⁶. Elle estime que ces difficultés sont liées, d'une part, à la commission d'un « *crime sans victime (directe)* », ce qui empêche une partie lésée de porter plainte et, d'autre part, à la dissimulation des actes répréhensibles par les auteurs de l'infraction, liés par un « *pacte de silence* ». Dès lors, le recours aux évaluations quantitatives¹²⁰⁷ doit être relativisé : « *l'interprétation des statistiques sur la justice pénale dans le contexte de la corruption mérite une attention particulière. En cas d'infractions graves comme le vol, le vol qualifié, le vol avec effraction ou les voies de fait, on peut légitimement s'attendre à ce que la victime dénonce l'infraction à la police. Par conséquent, les statistiques sur la criminalité peuvent donner une idée de l'ampleur du problème. La corruption, elle, est cachée et, dans la plupart des cas, il n'y a pas de victime directe susceptible de dénoncer l'infraction. Il est dès lors probable que le*

¹²⁰⁴ À ce propos, v. P. CONTE, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Études offertes à Pierre Catala, éd. Litec, 2001, pp. 125-132 ».

¹²⁰⁵ COM(2011) 308 final, p. 11.

¹²⁰⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, « Une politique globale de l'UE contre la corruption », 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, pp. 13-15.

¹²⁰⁷ À ce propos, v. *infra*, n^{os} 714. et s.

*pourcentage de cas non détectés soit beaucoup plus élevé pour la corruption que pour les autres infractions »*¹²⁰⁸.

Il est possible d'y ajouter, notamment dans les affaires de corruption transnationale, les moyens complexes¹²⁰⁹ employés pour dissimuler les faits commis : les sommes employées bénéficient d'une comptabilité falsifiée¹²¹⁰ et transitent par des sociétés-écran¹²¹¹s, immatriculées à l'étranger dans des zones géographiques dites « *non coopératives* » ou « *off-shore* »¹²¹². En 2011, le Parlement européen a d'ailleurs attiré l'attention sur les transactions financières opaques : « *la lutte contre la corruption suppose une plus grande transparence des transactions financières, en particulier celles qui impliquent les "juridictions off-shore" au sein de l'Union européenne et ailleurs dans le monde* »¹²¹³. Cinq ans plus tard, l'affaire dite des « *Panama Papers* »¹²¹⁴, qui pourrait conduire à la révélation de nouveaux faits de corruption¹²¹⁵, tend à démontrer le recours massif à ces montages, aussi bien par des personnes physiques, « publiques » ou « privées », que par des personnes morales.

580. L'Union européenne a adopté plusieurs mesures préventives qui participent indirectement à la détection des infractions de corruption : il est, par exemple, possible de

¹²⁰⁸ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 février 2014, COM(2014) 38 final, p. 45.

¹²⁰⁹ V., à propos des pratiques permettant de verser des commissions occultes, Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2001, juin 2002, pp. 44-57.

¹²¹⁰ V., sur l'art de manipuler les comptes, Rapport du SCPC pour l'année 2002, avril 2003, pp. 61-73. V., sur le forçage des comptes (fausse facture ou faux justificatif), Rapport 2006 du SCPC, juillet 2007, pp. 129-137.

¹²¹¹ V., sur l'utilisation dévoyée de la personne morale, Rapport d'activité SCPC pour l'année 2004, juillet 2005, pp. 115-137.

¹²¹² V. not. E. VAN DER DOES DE WILLEBOIS, E. M. HALTER, R. A. HARRISON, J. W. PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters – How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, éd. The World Bank, 2011 ; v. égal., Rapport du SCPC pour l'année 2008, octobre 2009, pp. 113-123.

¹²¹³ Résolution du Parlement européen sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption, Comblent l'écart entre la législation relative à la lutte contre la corruption et la réalité, 15 septembre 2011, P7_TA(2011)0388, JO C 51 E du 22 février 2013, pp. 121-125, spéc. point 18.

¹²¹⁴ En 2016, un consortium de journalistes publie les fichiers d'un cabinet panaméen, dont certains révéleraient des pratiques relevant de « l'évasion fiscale » (au sens large). À ce propos, v. par ex., M. DAMGE, J. BARUCH, « Evasion fiscale : l'affaire des "Panama Papers" en 7 chiffres », *Le Monde* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/04/evasion-fiscale-l-affaire-des-panama-papers-en-7-chiffres_4895015_4890278.html.

¹²¹⁵ À ce propos, v. par ex., P. MONTIGNY, « Les Panama Papers et la corruption : quelles leçons pour la compliance », *Ethic Intelligence* [En ligne], avr. 2016, URL : <http://www.ethic-intelligence.com/fr/13319-les-panama-papers-et-la-corruptionquelles-lecons-pour-la-compliance> ; « Blanchiment, corruption, la piste secrète passe par la Suisse », *24 heures* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : <http://www.24heures.ch/news/standard/enorme-fuite-donnees-panama-12-chefs-etat-touches/story/22165212>

relever les instruments destinés à améliorer les contrôles et les procédures dans les marchés publics¹²¹⁶, à prévenir la dissimulation du bénéficiaire réel des sociétés établies dans l'Union européenne¹²¹⁷ ou encore incitant certaines entreprises à intégrer la lutte contre la corruption dans leur démarche de Responsabilité Sociale et Environnementale (RSE)¹²¹⁸. De surcroît, la volonté d'harmoniser les délais de prescription¹²¹⁹ participe d'une démarche pragmatique visant à tenir compte du caractère occulte de l'infraction, mais également à pallier l'inefficacité de certaines autorités répressives.

Toutefois, la stratégie globale de l'Union européenne peut parfois s'avérer difficile à cerner. Alors que la révélation de différentes affaires (notamment Luxleaks¹²²⁰, Panama Papers) suggère la nécessité de garantir l'indépendance des médias, la directive relative au secret des affaires pourrait constituer un nouvel obstacle au travail des journalistes¹²²¹. Dans le prolongement, alors que le Conseil de l'Europe préconise la création d'un statut européen du lanceur d'alerte, les actions de l'Union européenne sur cette thématique, et la base juridique adéquate, demeurent floues¹²²².

581. Au-delà de certaines mesures purement préventives, l'enjeu central est de s'assurer que les États membres ont mis en place des mécanismes de détection suffisants pour mettre en œuvre leurs engagements internationaux. Dans ce contexte, le rapport de

¹²¹⁶ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOUE* L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242.

¹²¹⁷ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) no 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, pp. 73-117.

¹²¹⁸ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* L 330 du 15 novembre 2014, pp. 1-9.

¹²¹⁹ V. *supra*, n^{os} 444. et s.

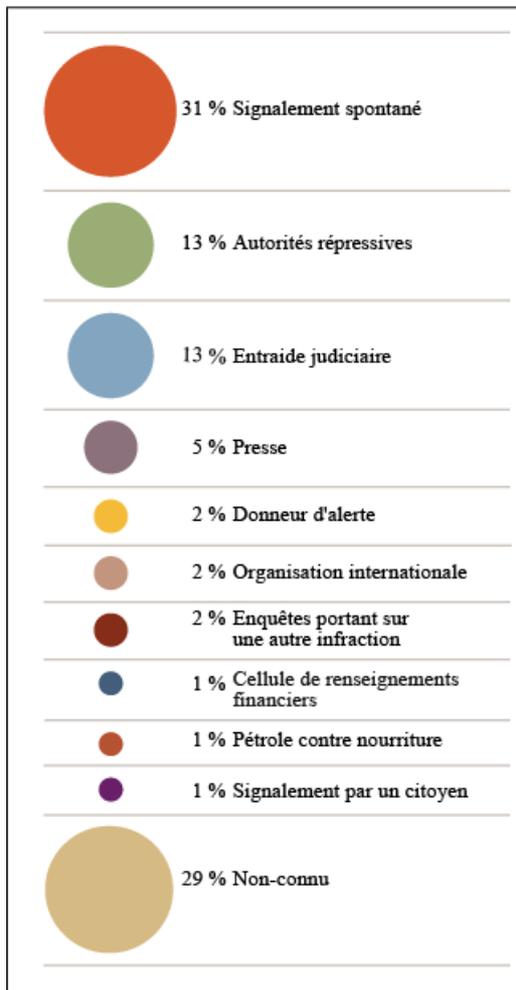
¹²²⁰ En 2014, un consortium de journalistes révèle les accords fiscaux avantageux conclus avec le gouvernement luxembourgeois par de nombreuses multinationales (par l'intermédiaire d'un cabinet d'audit). Les anciens salariés du cabinet d'audit et un journaliste à l'origine du « scandale » sont poursuivis notamment pour vol domestique, divulgation de secret d'affaires, violation de secret professionnel et blanchiment.

¹²²¹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE* L 157 du 15 juin 2016, pp. 1-18.

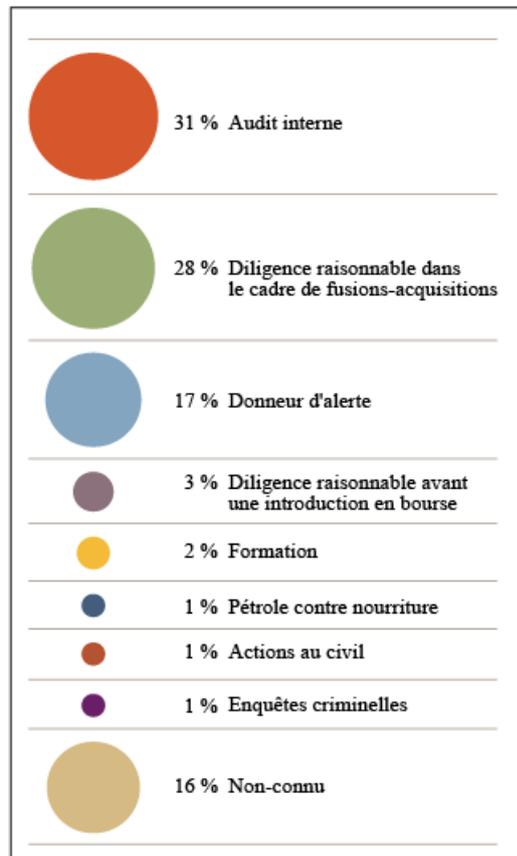
¹²²² V. *infra*, n^{os} 601. et s.

l'OCDE sur la corruption transnationale¹²²³ permet d'illustrer la diversité des acteurs auxquels il est nécessaire de s'intéresser :

Comment les affaires de corruption transnationale ont-elles été portées à l'attention des autorités répressives ?



Comment les entreprises qui ont spontanément signalés des actes de corruption transnationale ont-elles pris connaissance de ces actes commis dans le cadre de leurs activités commerciales ?



Source : Analyse de l'OCDE basée sur les affaires de corruption transnationale conclues entre 15/02/1999 et 01/06/2014

Source : Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale.

Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Rapport 2014, Graphiques 3 et 4 P. 16-17

¹²²³ Rapport de l'OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, éd. OCDE, 2014.

583. Enjeux. Les autorités de poursuite de nombreux États membres ne semblent toujours pas en mesure d’appréhender la complexité des montages mis en œuvre (I).

En outre, l’harmonisation des règles destinées à mettre fin au silence entourant le pacte de corruption apparaît aujourd’hui nécessaire. La corruption étant une infraction souvent dissimulée et scellée par un pacte de silence, sa détection peut dépendre uniquement d’une dénonciation, au sens large, soit par une personne ayant participé à l’infraction (auteur, complice) soit par une personne qui, dans le cadre de son activité professionnelle, soupçonne la commission de diverses infractions. Dans les deux cas, la personne concernée s’expose à diverses mesures de rétorsion qui justifient son silence, du moins jusqu’à ce qu’elle s’estime protégée (par ex., un changement de majorité politique ou un départ à la retraite). L’adoption de mesures incitatives par les États membres apparaît donc nécessaire.

Dans le premier cas, les mesures incitatives ont pour objet de diminuer le risque pénal en cas de coopération active : il est ainsi possible de reconnaître le mécanisme du regret réel, dont l’équilibre s’avère souvent délicat¹²²⁴, ou encore de recourir à la transaction pénale. Cette dernière est souvent vue favorablement par les entreprises qui acceptent de révéler les faits, de coopérer et de payer une amende et qui évitent un procès incertain et coûteux, y compris en termes d’image. C’est d’ailleurs ce mécanisme qui a permis au Royaume-Uni d’imposer des amendes lourdes sur la nouvelle infraction d’échec à prévenir la corruption¹²²⁵ à la suite d’une dénonciation volontaire des entreprises concernées¹²²⁶. Toutefois, ce mécanisme, qui semble également poser des problèmes

¹²²⁴ R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d’évaluation du GRECO, pp. 62-66.

¹²²⁵ UK Bribery Act (loi anglaise) de 2010, art. 7 : « *Failure of commercial organisations to prevent bribery* ».

¹²²⁶ En novembre 2015, ICBC Standard Bank s’est vu imposer une amende d’environ trente-trois millions de dollars dans le cadre du premier *Deferred Prosecution Agreement* anglais pour « échec à prévenir la corruption », après une dénonciation volontaire de la banque. V., par ex., « Serious Fraud Office enters into first deferred prosecution agreement in the UK », Cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer [En ligne], 2 déc. 2015, URL : http://knowledge.freshfields.com/en/global/r/1333/serious_fraud_office_enters_into_first_deferred ; R. L. CASSIN, « SFO: In first DPA, ICBC Standard Bank fined \$33 million for failing to prevent Tanzania bribes », The FCPA Blog [En ligne], 30 nov. 2015, URL : www.fcpablog.com/blog/2015/11/30/sfo-in-first-dpa-icbc-standard-bank-fined-33-million-for-fai.html

concrets aux États-Unis¹²²⁷, ne doit pas être idéalisé. En outre, celui-ci est susceptible de poser des problèmes de nature constitutionnelle dans certains États membres¹²²⁸.

Le second cas renvoie à la problématique des lanceurs d'alerte sur lesquels se concentre actuellement l'attention. Toutefois, la capacité de l'Union européenne à assurer une protection généralisée de tous les lanceurs d'alerte dans l'ELSJ reste juridiquement incertaine (II).

I. Le renforcement impératif des capacités des autorités répressives

584. L'approche globale souhaitée par la Commission européenne dans sa communication de 2011 sous-entend, d'une part, de renforcer les capacités des « agences anticorruption » européennes, qui présentent des résultats variables (A) et, d'autre part, de favoriser les enquêtes financières en renforçant les règles relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et en accentuant la coopération entre « *les cellules de renseignement*

¹²²⁷ Les principaux problèmes soulevés concernent les motifs (notamment le critère de « l'importance de l'affaire » dans le *US Attorney's Manual*), la fréquence (en 2010, 50% des NPA et DPA auraient pour fondement le FCPA, et depuis 2004 environ 80% des affaires relatives au FCPA se seraient terminées par de telles procédures) et la transparence (les raisons pour lesquelles le procureur a décidé de recourir à ces procédures dans une affaire particulière) des *Deferred Prosecution Agreements* et *Non-Prosecution Agreements*. V. « The Problem With FCPA Enforcement? Look No Further Than BizJet / Lufthansa Technik », FCPA Professor [En ligne], 12 avr. 2012, URL : <http://fcpaprofessor.com/the-problem-with-fcpa-enforcement-look-no-further-than-bizjet-lufthansa-technik> ; B. JACOBS, « Non-Prosecution Agreements: Reserved for VIPs? », *Forbes* [En ligne], 9 févr. 2016, URL : <http://www.forbes.com/sites/insider/2016/02/09/non-prosecution-agreements-reserved-for-vips/#1a5cad2162a9>. Pour des efforts sur la transparence, comp. Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur les États-Unis, *United States: Follow-up to the Phase 3 report & recommendations*, phase 3, déc. 2012, pp. 9-12.

¹²²⁸ En France, dans le cadre de l'examen de la loi dite « Sapin 2 », le Conseil d'État a ainsi souligné les risques pesant sur la bonne administration de la justice (objectif à valeur constitutionnelle) de la procédure transactionnelle : « Le Conseil d'État a estimé qu'il en résultait qu'une procédure de type transactionnel ne saurait être prévue par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elle comporte, tant pour la protection des droits des personnes mises en cause et de la victime que pour la sauvegarde des intérêts de la société, n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt que sa mise en œuvre présente pour une bonne administration de la justice ». V. Avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 24 mars 2016, registre n° 391.262, pp. 11-12, URL : www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/transparence_lutte_corruption_economie.asp

financier, les agences spécialisées dans la lutte contre la corruption et les services répressifs »¹²²⁹ (B).

A. Les résultats variables des « agences anticorruption » européennes

585. Alors que l'accent semble aujourd'hui porté sur la protection des dénonciateurs¹²³⁰, l'affaire italienne dite « *Indian Helicopters* »¹²³¹ permet de rappeler l'importance des services répressifs dans la détection de la corruption. C'est en effet grâce à une « *enquête financière proactive* », initialement conduite afin de vérifier des soupçons de financements illicites de partis politiques¹²³², que des soupçons de corruption ont émergé : une entreprise italienne aurait versé des pots-de-vin à des agents publics indiens afin d'obtenir un marché public relatif à la fourniture de douze hélicoptères pour un montant de 560 millions d'euros. De la même manière, des juges d'instruction français ont récemment décidé d'enquêter sur des soupçons de corruption, alors que les investigations initiales portaient sur des faits différents¹²³³.

586. Les capacités de détection de nombreux États membres semblent tout d'abord diminuées en raison d'une communication insuffisante entre les services spécialisés et les autorités répressives. C'est ainsi le cas de la Slovénie¹²³⁴, de la Finlande¹²³⁵ et du Portugal¹²³⁶. À l'inverse, la mise en place de programmes spécifiques, au niveau

¹²²⁹ COM(2011) 308, pp. 12-13.

¹²³⁰ V. *infra*, n^{os} 601. et s.

¹²³¹ V., par ex., G. ANAND, E. SYLVERS, R. ROY, « Corruption Charges Fly in Trial Over Indian Helicopter Deal », *The Wall Street Journal* [En ligne], 22 sept. 2014, URL : <http://www.wsj.com/articles/corruption-charges-fly-in-trial-over-indian-helicopter-deal-1411442970> ; S. BISWAS, « What is AgustaWestland chopper deal? Why is Sonia Gandhi under attack for it? », *Indian Today* [En ligne], 27 avr. 2016, URL : <http://indiatoday.intoday.in/story/what-is-the-agustawestland-chopper-deal-why-is-sonia-gandhi-in-trouble-for-it/1/652652.html>

¹²³² Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Italie, *Italy: follow-up to the phase 3 report & recommendations*, phase 3, mai 2014, pp. 9 et 13.

¹²³³ S. PIEL, J. TILOUINE, « Le bureau de Bolloré perquisitionné dans le cadre d'une enquête sur ses activités africaines », *Le Monde* [En ligne], 12 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/12/le-bureau-de-vincent-bollore-perquisitionne-dans-le-cadre-d-une-enquete-sur-ses-activites-africaines_4900874_3212.html

¹²³⁴ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 24 sur la Slovénie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 15.

¹²³⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 26 sur la Finlande, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 2.

¹²³⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 22 sur la Portugal, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 5.

national¹²³⁷ et local¹²³⁸, tend à démontrer une volonté d'améliorer de manière importante la capacité des Pays-Bas à détecter les irrégularités grâce aux nouvelles méthodes mises en œuvre.

587. Magyar Telekom. L'affaire dite « *Magyar Telekom* » permet d'illustrer, entre autres, la communication parfois insuffisante au sein même des services répressifs. En l'espèce, trois cadres dirigeants de la société Magyar Telekom, filiale hongroise de Deutsche Telekom, auraient versé, en 2005 et 2006, des pots-de-vin à des agents publics étrangers afin de renforcer leur position dans le secteur des télécommunications¹²³⁹. Dans le premier cas, la somme approximative de 4,9 millions d'euros aurait été versée à deux agents publics macédoniens¹²⁴⁰ de haut rang, ainsi qu'aux deux partis politiques auxquels ils appartenaient, en échange d'une application souple de la nouvelle législation sur le marché des télécommunications, qui était alors en train de s'ouvrir à un troisième opérateur. Une partie importante des sommes en cause auraient transité, à l'aide de contrats fictifs, par une société-écran grecque, contrôlée par trois intermédiaires de nationalité grecque. Dans le second cas, à l'occasion d'une privatisation, des agents publics appartenant au gouvernement du Monténégro¹²⁴¹ auraient facilité l'acquisition, par Magyar Telekom, de parts majoritaires dans l'entreprise publique TCG. Quatre contrats auraient par la suite été conclus entre Magyar Telekom et TCG, ainsi que leurs filiales respectives, ayant pour objet soit l'acquisition de TCG soit les activités de Magyar Telekom au Monténégro. Or, selon les autorités américaines, les paiements relatifs à ces contrats n'auraient pas été enregistrés dans la comptabilité de Magyar Telekom de manière fidèle (reflétant l'objet réel des contrats). De surcroît, ces comptes ont ensuite été intégrés dans les comptes consolidés de la société-mère, Deutsche Telekom. La filiale hongroise a obtenu les avantages promis, mais les autorités américaines auraient été informées par une

¹²³⁷ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 19 sur les Pays-Bas, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 1.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 15

¹²³⁹ Les faits reprochés par les autorités américaines ont été notamment détaillés dans l'information ouverte à l'encontre de ces deux sociétés. URL : <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/01/24/2011-12-29-information-magyar-telekom.pdf>

¹²⁴⁰ La République de Macédoine est pays candidat pour adhérer à l'Union européenne. V., URL : http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/former-yugoslav-republic-of-macedonia/index_en.htm

¹²⁴¹ Le Monténégro est un pays candidat pour adhérer à l'Union européenne. URL : http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/montenegro/index_en.htm

dénonciation volontaire des entreprises susmentionnées, à la suite du rapport remis par « des auditeurs » de la société Magyar Telekom.

Conformément au droit américain, plusieurs procédures concomitantes ont alors été engagées à l'encontre de la société hongroise (ci-après, « MT ») et de la société-mère allemande (ci-après, « DT ») à l'initiative, d'une part, du *Department of Justice* américain (ci-après, « DoJ »), autorité de poursuite compétente pour les infractions fédérales et, d'autre part, de la *Securities of Exchange Commission* (ci-après, « SEC »), organisme fédéral chargé de contrôler et de réglementer les marchés financiers américains. Toutes les procédures ont fait l'objet de transactions pénales. En effet, la société MT a, dans le cadre d'un *deferred prosecution agreement*¹²⁴² avec le DoJ¹²⁴³, accepté de payer près de 59,6 millions de dollars (qui correspond à une décote de 18 % par rapport aux *Sentencing Guidelines*¹²⁴⁴ pour tenir compte de la coopération de la société lors de la procédure¹²⁴⁵) et de se soumettre à un programme de *compliance* ; elle a également conclu une transaction avec la SEC¹²⁴⁶ (*settled civil complaint*¹²⁴⁷) en acceptant de payer 31,2 millions de dollars correspondant à la privation des gains illicites (le *disgorgement*¹²⁴⁸ n'est pas,

¹²⁴² A. MIGNON COLOMBET, F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée – Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G*, 2013, pp. 621 et s. : « accord passé avec les autorités américaines par lequel une société objet d'une enquête pour délinquance économique accepte de s'acquitter de sanctions financières, de reconnaître des éléments de fait et de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures, en contrepartie de l'extinction des poursuites à son encontre [...]. Dès la signature du DPA, le procureur le dépose auprès du tribunal compétent et engage des poursuites (par le dépôt d'un acte d'accusation dénommé *Information*) qui sont cependant immédiatement suspendues ».

¹²⁴³ L'accord est disponible sur le site officiel du *Department of Justice* américain, URL : www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/01/24/2011-12-29-dpa-magyar.pdf

¹²⁴⁴ Les lignes directrices sont disponibles sur le site officiel de la *United States Sentencing Commission*, URL : <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual>

¹²⁴⁵ « In Depth On The Magyar Telekom and Deutsche Telekom Enforcement Action », The FCPA Professor [En ligne], 5 janv. 2012, URL : <http://fcpprofessor.com/in-depth-on-the-magyar-telekom-and-deutsche-telekom-enforcement-action/>

¹²⁴⁶ La procédure de la SEC contre Magyar Telekom est disponible sur son site officiel : <https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-279.htm>

¹²⁴⁷ La SEC peut décider de présenter l'affaire à un juge fédéral (poursuites civiles) ou engager une procédure administrative.

¹²⁴⁸ Le *disgorgement* est un *equitable remedy* prévu par le SEC Act de 1934 pour priver les contrevenants de leurs gains et les dissuader de violer à nouveau les lois fédérales. Il inclut des intérêts raisonnables en raison de la procédure administrative ou de *cease and desist*. Ce n'est pas considéré comme un outil de sanction, mais comme un moyen d'éviter l'enrichissement injuste (il n'est donc pas possible d'aller au-delà du montant gagné grâce à la conduite illégale). À ce propos, v. par ex., M. A. BOHN, « What exactly is disgorgement? », The FCPA Blog [En ligne], 17 mars 2011, URL : <http://www.fcpcblogger.com/blog/2011/3/17/what-exactly-is-disgorgement.html> ; S. KALB, M. A. BOHN, « An examination of the SEC's application of disgorgement in FCPA resolutions », Corporate Compliance Insights [En ligne], 4 déc. 2010, URL :

en principe, une sanction) et à des intérêts pour les sommes engagées lors de la procédure (*pre-judgment interests*¹²⁴⁹). Quant à la société DT, elle a accepté, dans le cadre d'un *non-prosecution agreement*¹²⁵⁰ avec le DoJ¹²⁵¹ (et uniquement pour les faits allégués en Macédoine), de payer 4,36 millions de dollars ; elle a également conclu une transaction avec la SEC¹²⁵² (*settled civil complaint*) pour la violation des obligations comptables prévues par le FCPA. Par ailleurs, la SEC a engagé des poursuites contre les trois dirigeants hongrois de la société MT. Toutefois, après l'échec de ces derniers qui cherchaient à obtenir l'annulation des poursuites¹²⁵³, la SEC a volontairement abandonné une partie de la procédure¹²⁵⁴, une partie de la presse américaine avançant la complexité excessive du dossier pour expliquer cette décision¹²⁵⁵. Ce n'est qu'à la fin de l'année 2015 que le SEC a finalement demandé la condamnation des personnes physiques poursuivies sur les autres volets de l'affaire¹²⁵⁶.

<http://corporatecomplianceinsights.com/disorgement-fcpa-how-applied-calculated/> ; R. L. CASSIN « Pfizer joins our top ten disorgement list », The FCPA Blog [En ligne], 8 août 2012, URL : www.fcpablog.com/blog/2012/8/8/pfizer-joins-our-top-ten-disorgement-list.html

¹²⁴⁹ Intérêts destinés à compenser les sommes non disponibles car engagées pour la procédure par une partie avant le procès.

¹²⁵⁰ À la différence du *Deferred Prosecution Agreement*, le *Non-Prosecution Agreement* suppose que le procureur américain ne poursuive pas la personne mise en cause si elle respecte les termes de l'accord homologué judiciairement.

¹²⁵¹ L'accord est disponible sur le site officiel du *Department of Justice* américain, URL : <https://www.justice.gov/opa/pr/magyar-telekom-and-deutsche-telekom-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and> ; v. égal, URL : <https://www.justice.gov/opa/pr/magyar-telekom-and-deutsche-telekom-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and>

¹²⁵² La procédure de la SEC contre Deutsche Telekom est disponible sur son site officiel : <https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-279.htm>

¹²⁵³ R. L. CASSIN, « Magyar Telekom execs lose motion to dismiss », The FCPA Blog [En ligne], 11 févr. 2013, URL : <http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html>

¹²⁵⁴ R. L. CASSIN, « SEC drops some charges against former Magyar Telekom execs », The FCPA Blog [En ligne], 11 mars 2014, URL : <http://www.fcpablog.com/blog/2014/3/11/sec-drops-some-charges-against-former-magyar-telekom-execs.html>

¹²⁵⁵ J. SCHECTMAN, « SEC Drops Montenegro Bribe Allegations Against Executives », The Wall Street Journal [En ligne], 10 mars 2014, URL : <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2014/03/10/sec-drops-montenegro-bribe-allegations-against-executives/>

¹²⁵⁶ S. DOCKERY, « SEC gets big break in Macedonia Corruption Case », *The Wall Street Journal* [En ligne], 21 sept. 2015, URL : <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2015/09/21/sec-gets-big-break-in-macedonia-corruption-case/> ; J. EBERSOLE, « SEC says it proved some claims against Telecom's Ex-Brass », Law360 [En ligne], 17 nov. 2015, URL : <http://www.law360.com/articles/727829> ; B. KOENIG, « Hungarian Telecom Ex-Brass seek toss of SEC's bribe suit », Law360 [En ligne], 6 oct. 2015, URL : <http://www.law360.com/articles/711456/hungarian-telecom-ex-brass-seek-toss-of-sec-s-bribe-suit>

588. L'examen des procédures susmentionnées permet d'illustrer de nombreux aspects récurrents dans les affaires de corruption¹²⁵⁷ et notamment : la corruption par des cadres dirigeants, le secteur sensible des télécommunications, le contrôle du financement des partis politiques, les privatisations, le pacte de silence des auteurs¹²⁵⁸, la dissimulation de l'infraction en déjouant les mécanismes de contrôle internes et en falsifiant les comptes¹²⁵⁹, l'utilisation d'intermédiaires par le biais d'une société-écran étrangère, la compétence extraterritoriale des juridictions américaines¹²⁶⁰ combinée à des règles sur les preuves particulièrement souples et permettant d'engager la responsabilité de la société-mère (en raison des comptes consolidés), la dénonciation volontaire des entreprises en cause, les sanctions élevées qui font peser un risque accru sur les sociétés européennes malgré les efforts de coopération et, enfin, la complexité des dossiers de corruption conduisant à l'abandon des poursuites et à une éventuelle impunité.

Le prolongement européen de l'affaire permet de soulever plus particulièrement les aléas en matière de détection et de poursuite. En effet, les autorités américaines n'ont pas poursuivi les trois intermédiaires grecs qui peuvent être considérés comme des complices¹²⁶¹, voire des coauteurs puisqu'en l'espèce, il y a une proposition directe, sauf à démontrer la bonne foi¹²⁶². Le principe *ne bis in idem* n'étant pas en jeu ici, il était possible de s'attendre à l'ouverture d'une enquête par les autorités grecques. De surcroît, il convient de rappeler qu'en droit grec, comme en droit allemand, le principe n'est pas celui de l'opportunité des poursuites, mais celui de la légalité des poursuites : aux termes des articles 27, 30(1) et 43 du code de procédure pénale grec, le procureur du tribunal de première instance est tenu de mettre en mouvement l'action publique s'il a connaissance d'une allégation d'infraction. Or, il est possible de s'étonner qu'en janvier 2012, aucune

¹²⁵⁷ Même si certains faits ne sont pas, pour le moment, établis par la justice.

¹²⁵⁸ Les personnes mises en cause auraient agi seules.

¹²⁵⁹ À travers des contrats fictifs et de faux documents. V., « In Depth On The Magyar Telekom and Deutsche Telekom Enforcement Action », The FCPA Professor [En ligne], 5 janv. 2012, URL : <http://fcpaprofessor.com/in-depth-on-the-magyar-telekom-and-deutsche-telekom-enforcement-action>

¹²⁶⁰ Pour affirmer leur compétence, les États-Unis se sont fondés sur un échange de mail ayant transité par des serveurs américains. V. US Code, title 18, section 2 et title 15, section 78dd-1(a) : « *It shall be unlawful [...] to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly [...]* ».

¹²⁶¹ En droit français, v. par ex. l'affaire dite de « la billetterie unique ». Cass. crim., 9 nov. 1995, n° 94-84.204, Bull. crim. 1995, n° 346, p. 1003 : « si le délit de corruption est consommé dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle à chaque acte d'exécution dudit pacte ; qu'il s'ensuit que l'aide ou l'assistance en connaissance de cause à ces actes d'exécution constitue la complicité du délit ».

¹²⁶² Ce qui est peu vraisemblable, car cela supposerait « un angélisme frisant la stupidité » ; v. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avr. 2014, n° 135.

enquête n'ait toujours été ouverte à l'encontre des intermédiaires soupçonnés alors que, non seulement les autorités grecques connaissaient les faits par le biais d'une demande de coopération d'entraide judiciaire émise par les États-Unis, mais les faits allégués pouvaient être tenus pour sérieux, Magyar Telekom les ayant reconnus publiquement en 2011¹²⁶³. Outre les éventuels manquements rapportés ci-dessus, les examinateurs du groupe de travail de l'OCDE ont fait part dans le rapport d'évaluation d'une possible violation de l'article 5 de la convention de l'OCDE¹²⁶⁴, ce qui vise implicitement une possible interférence politique. De surcroît, les faits n'ont pas été portés à la connaissance des examinateurs avant leur déplacement dans le pays évalué, et ces derniers n'ont appris l'existence de l'affaire qu'à la fin de leur visite, rendant impossible tout entretien avec les fonctionnaires concernés. En dehors d'éléments supplémentaires permettant de corroborer ces allégations, l'explication avancée par les autorités grecques doit être mise en exergue : « *cette affaire avait été rangée, au niveau interne, dans la catégorie des affaires d'entraide judiciaire et non dans celles des infractions de corruption transnationale et c'est pour cette raison qu'elle n'avait pas été portée à l'attention de l'équipe d'examen avant la mission sur place* »¹²⁶⁵. Aussi, la mauvaise communication entre les différents services est bien, *a priori*, à l'origine d'une absence de poursuites, malgré l'ampleur et la gravité des faits reprochés. Afin d'éviter la situation grecque évoquée dans l'affaire *Magyar Telekom*, l'article 38 de la convention de Mérida impose aux signataires d'assurer la coopération entre les autorités publiques et les autorités chargées des enquêtes et des poursuites¹²⁶⁶.

Le traitement de l'affaire « *Magyar Telekom* » par le rapport anticorruption de l'UE permet de s'interroger sur son rôle dans la lutte contre la corruption. Malgré la recommandation générale du groupe de travail de l'OCDE, aucune évaluation autonome n'a été effectuée deux ans plus tard par la Commission¹²⁶⁷, qui mentionne l'affaire dans

¹²⁶³ Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur la Grèce, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Grèce de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, juin 2012, para. 58.

¹²⁶⁴ V. *infra*, n^{os} 628. -630.

¹²⁶⁵ Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur la Grèce, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Grèce de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, juin 2012, para. 59.

¹²⁶⁶ Convention ONU, art. 38 : « Chaque État Partie prend les mesures nécessaires pour encourager, conformément à son droit interne, la coopération entre, d'une part, ses autorités publiques ainsi que ses agents publics et, d'autre part, ses autorités chargées des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions pénales ».

¹²⁶⁷ Tout comme le rapport postérieur des Nations Unies sur la Grèce. L'éventuelle condamnation ou relaxe des intermédiaires grecs n'a pas non plus fait *a priori*, l'objet d'articles ou de mention dans d'autres rapports en français ou en anglais depuis 2012.

la section relative au secteur privé¹²⁶⁸ : il s'agit d'une synthèse très courte, sans mention explicite de l'affaire, ayant pour vertu un renvoi au rapport de l'OCDE. En outre, le classement de l'affaire dans le paragraphe relatif au « secteur privé » est étonnant. Il est vrai qu'il s'agit de la constitution d'une société privée grecque par des ressortissants grecs. Mais, comme il l'a déjà été évoqué ci-dessus, les intermédiaires sont suspectés d'avoir participé à l'exécution d'un pacte de corruption entre une entreprise hongroise et des agents publics étrangers, ainsi que d'avoir effectué des paiements directs aux agents susmentionnés. Aussi, sous réserve des éléments publiquement disponibles, les faits évoqués correspondent davantage à des infractions de corruption active d'agents publics étrangers (et de complicité) : il est alors difficile d'expliquer le lien fait par la Commission avec la décision-cadre du 22 juillet 2003. De plus, les enjeux liés aux demandes d'entraide judiciaire transitant par Eurojust ou le strict respect du principe de légalité des poursuites¹²⁶⁹ ne sont pas abordés par la Commission.

589. Spécialisation des acteurs de la lutte contre la corruption. Afin de favoriser la coordination des services administratifs et assurer le traitement des affaires complexes, la spécialisation des acteurs de la lutte contre la corruption est apparue nécessaire. Plusieurs dispositions contraignantes ont été insérées dans les conventions internationales pour inciter les États membres à élaborer des institutions spécialisées (ci-après, « agences anticorruption »)¹²⁷⁰. Il n'est donc pas surprenant de constater la multiplication, mais également la diversification de ces agences qui peuvent avoir une mission de prévention et de coordination¹²⁷¹ ou de détection et de répression, qu'il s'agisse d'autorités de poursuite¹²⁷² ou de services policiers spécialisés¹²⁷³. Certaines agences anticorruption ont également un rôle hybride¹²⁷⁴. Les traités posent uniquement certains critères communs : les agences doivent se voir accorder l'indépendance nécessaire et disposer de la formation et des ressources appropriées pour accomplir leurs tâches.

¹²⁶⁸ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 8 sur la Grèce, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 4.

¹²⁶⁹ Une section est cependant consacrée à la question de la poursuite des infractions de corruption. V. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 8 sur la Grèce, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 8-9.

¹²⁷⁰ Convention ONU, art. 6 et 36 ; Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, art. 20.

¹²⁷¹ Par ex., en France, le SCPC ; en Slovaquie, la Commission pour la prévention de la Corruption.

¹²⁷² Par ex., en France, le Procureur de la République financier ; en Roumanie, le DNA.

¹²⁷³ Par ex. en France, l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (OCLCFF) ; en Belgique, l'Office Central pour la répression de la corruption (OCRC).

¹²⁷⁴ Par ex., en Lituanie, le *Special Investigation Service, Corruption Prevention and Combating bureau*.

Or, malgré les évolutions susmentionnées, plusieurs agences anticorruption semblent présenter des résultats insuffisants : « *la création d'agences anticorruption spécialisées, qu'elles soient axées sur la prévention ou la répression, ou les deux aspects, n'est pas une panacée. Les résultats obtenus sont, en effet, variables* »¹²⁷⁵. Le manque de moyens alloués aux services spécialisés apparaît récurrent. À titre d'exemple, le groupe de travail de l'OCDE a pu reprocher à la Belgique, le nombre réduit d'affaires relatives aux agents publics étrangers, et a recommandé (comme le rapport anticorruption de l'UE par la suite), l'allocation de ressources supplémentaires aux autorités de poursuite chargées de détecter les faits de corruption¹²⁷⁶. Par ailleurs, les fonctionnaires de la « cellule de Jumet » de l'Office Central de Répression de la Corruption belge (ci-après « OCRC »)¹²⁷⁷, groupe d'enquêteurs spécialisés dans les dossiers sensibles de corruption, ont récemment accusé des membres du gouvernement d'avoir exercé des pressions à leur encontre en raison d'un dossier de corruption en cours¹²⁷⁸. En Finlande, les ressources allouées au Bureau national d'investigation sont apparues particulièrement insuffisantes¹²⁷⁹.

590. Sachant qu'il revient aux États membres de décider du type de structure pertinent, il semble qu'une analyse *in concreto* soit nécessaire. Le rôle central dévolu aux agences anticorruption, en constante progression, a conduit les Nations Unies¹²⁸⁰, mais également des organisations privées¹²⁸¹, à développer des méthodes d'évaluation pour

¹²⁷⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 15.

¹²⁷⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 1 sur la Belgique, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 10.

¹²⁷⁷ L'OCRC enquête fréquemment sur les faits détectés par l'OLAF. V. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Belgique, *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, oct. 2013, p. 11.

¹²⁷⁸ M. COLLEYN, « De l'ordre à la cellule de Jumet », *La Libre* [En ligne], 21 mars 2012, URL : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/de-l-ordre-a-la-cellule-de-jumet-51b8e7d6e4b0de6db9c5f96d> ; P. ENGELS, « Les flics anti-corruption de la cellule de Jumet se rebiffent », *La Libre* [En ligne], 14 mai 2014, URL : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/les-flics-anti-corruption-de-la-cellule-de-jumet-se-rebiffent-5373b3893570102383c7e96c>

¹²⁷⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 26 sur la Finlande, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 8.

¹²⁸⁰ Étude par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Evaluation de la capacité des agences anti-corruption*, oct. 2011, URL : <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Anti-corruption/ACAsPractitioners%20french%20pdf.pdf>

¹²⁸¹ H. MATHISEN et alii, *How to monitor and evaluation anti-corruption agencies : Guidelines for agencies, donors, and evaluators*, U4 Issue, no 8, sept. 2008, URL : <http://www.u4.no/publications/how-to-monitor-and-evaluate-anti-corruption-agencies-guidelines-for-agencies-donors-and-evaluators-2/> ; S. ARJON SCHÜTTE, *The fish's head: Appointment and removal procedures for anti-corruption agency leadership*, U4 Issue, n° 12, mai 2015, URL : <http://www.u4.no/publications/the-fish-s-head-appointment-and-removal-procedures-for-anti-corruption-agency-leadership/>

apprécier les garanties apportées par ces agences. Cependant, de telles méthodes n'ont pas été mises en œuvre directement par le rapport anticorruption de l'UE. Ce dernier met essentiellement en exergue les « *bonnes pratiques* » et les principaux critères qu'il convient de remplir¹²⁸². Ces derniers présentent d'ailleurs une certaine similarité avec les « *Sept Péchés Capitaux* » menaçant les agences anticorruption : les « *péchés* » peuvent être politiques, économiques, de gouvernance, légaux, organisationnels, de performance et de confiance publique¹²⁸³.

En revanche, la pression politique exercée par l'UE sur la Bulgarie à travers le mécanisme de coopération et de vérification semble avoir porté ses fruits. En effet, le rapport publié en 2015 recommande, en matière de corruption, de « *doter une institution unique des pouvoirs et de l'autonomie nécessaires pour coordonner et contrôler la mise en œuvre effective des activités de lutte contre la corruption* »¹²⁸⁴. La même année, la Bulgarie a annoncé sa volonté de fusionner les agences anticorruption et de leur donner accès aux informations bancaires et fiscales de certains agents publics, la Vice-Première Ministre bulgare établissant un lien clair avec les pressions de l'UE : « *“la Commission européenne ne nous laissera pas oublier ce que nous devons accomplir” a annoncé [Meglena] Kuneva. Les réprimandes de la branche exécutive de l'Union européenne “seront réitérées chaque année jusqu'à ce que nous parvenions à avancer”* »¹²⁸⁵.

591. Enfin, à côté de la création d'agences spécialisées, le manque d'expertise, d'une manière générale, des autorités de poursuite concernant des infractions complexes semble poser problème. Dans un contexte où de nombreuses lois de transposition ont été adoptées, la nécessité de dispenser des formations à destination des policiers et des magistrats¹²⁸⁶, voire des professionnels d'une manière générale, est fréquemment soulignée. Ainsi, la

¹²⁸² Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 15-16.

¹²⁸³ Rapport de l'OCDE, *Specialised anti-corruption institutions - Review of models*, éd. OCDE, 2008, p. 23.

¹²⁸⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Bulgarie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 28 janv. 2015, COM(2015) 36 final, p. 13.

¹²⁸⁵ S. OKOV, « Bulgaria to overhaul anti-corruption agencies under EU Pressure », *Bloomberg*, 3 avr. 2015, URL : <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-03/bulgaria-to-overhaul-anti-corruption-agencies-under-eu-pressure>

¹²⁸⁶ Pour la Suède et le Portugal, v. par ex., Rapport de l'OCDE sur la Suède, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Suède de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, juin 2012, p. 36 ; Rapport d'évaluation du GRECO sur le Portugal, 3^{ème} cycle, thème 1, 3 déc. 2010, para. 104.

mauvaise connaissance de la loi peut amener les autorités à ne pas rechercher une infraction¹²⁸⁷.

592. La volonté des États membres de se doter des outils adéquats pour détecter les infractions de corruption apparaît variable. *Prima facie*, l'Union européenne a une influence faible en la matière, peu de dispositions ayant été insérées dans les instruments d'harmonisation pénale substantielle en comparaison des conventions de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies.

Toutefois, il faut rappeler que, d'une manière générale, l'intégration européenne permet d'améliorer drastiquement les capacités de détection des États membres dans l'ELSJ. Ainsi, les agences de l'Union européenne permettent de faciliter la coopération policière (EUROPOL) ou judiciaire (EUROJUST) et peuvent participer directement à la détection de la corruption, lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts financiers de l'UE (OLAF)¹²⁸⁸. Tous les instruments de coopération judiciaire et de reconnaissance mutuelle participent également à la qualité des enquêtes pénales. Enfin, la Commission européenne entend prolonger les actions susmentionnées par le biais du Collège européen de police, agence européenne installée en Hongrie¹²⁸⁹, en élaborant des programmes de formations ciblés sur la corruption avec une volonté de mettre l'accent sur les ramifications internationales¹²⁹⁰. Compte tenu des besoins de formation identifiés ci-dessus, le rôle de l'UE apparaît central pour développer l'expertise des autorités de poursuite. De manière encore plus large, il est possible de relever le financement par l'UE des projets destinés à renforcer les capacités administratives au plan national¹²⁹¹.

B. L'adoption d'un « paquet antiblanchiment » : une quatrième tentative ?

593. Blanchiment d'argent. Les mesures préventives et répressives adoptées par l'Union européenne pour lutter contre le blanchiment d'argent ont rapidement été

¹²⁸⁷ Pour des exemples sur la Grèce, le Portugal et la Lettonie, v. R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, para. 71.

¹²⁸⁸ V. *infra*, n^{os} 752. et s.

¹²⁸⁹ Règlement (UE) 2015/2219 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 sur l'Agence de l'Union européenne pour la formation des services répressifs (CEPOL) et remplaçant et abrogeant la décision 2005/681/JAI du Conseil, *JOUE* L 319 du 4 déc. 2015, pp. 1-20.

¹²⁹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, n^o 4.1.4.

¹²⁹¹ *Ibid.*, n^o 4.3.

considérées comme une approche complémentaire et primordiale pour détecter et réprimer la corruption. Compte tenu de l'enchevêtrement des textes européens, il apparaît nécessaire de revenir rapidement sur l'évolution du cadre juridique, fortement influencée par le contexte international¹²⁹². Selon la perspective adoptée, la doctrine ne fait souvent référence que partiellement aux instruments qui seront abordés ci-dessous, que ce soient les « directives antiblanchiment »¹²⁹³, la décision-cadre de 2001¹²⁹⁴ ou encore le deuxième protocole PIF¹²⁹⁵. Or, si tous ces instruments participent à la détection et à la répression de la corruption, il est primordial de distinguer l'interdiction du blanchiment fondée sur le pilier communautaire (prévention et détection) et celle fondée sur le 3^{ème} pilier (incrimination).

594. Première directive antiblanchiment. Dans le cadre du 1^{er} pilier, quatre « directives antiblanchiment » ont été adoptées depuis 1991. Elles suivent de près les révisions successives des quarante recommandations du Groupe d'Action Financière (ci-après, « GAFI »), organisme intergouvernemental établissant des standards en matière de lutte contre le blanchiment. La directive 91/308/CEE du 10 juin 1991¹²⁹⁶, première directive antiblanchiment, est ainsi adoptée peu de temps après la publication des recommandations du GAFI en 1990¹²⁹⁷. Elle reprend la même définition du blanchiment, c'est-à-dire celle adoptée par la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 (ci-après, « convention de Vienne »)¹²⁹⁸. Toutefois, à l'inverse de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990¹²⁹⁹,

¹²⁹² Pour une étude plus détaillée, v. not. D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 219-227.

¹²⁹³ C. CUTAJAR, « BLANCHIMENT . – Éléments constitutifs . – Répression », *JurisClasser Pénal des Affaires*, Fasc. 20, 8 juill. 2016.

¹²⁹⁴ D. FLORE, S. BOSLY, *op. cit. & loc. cit.*

¹²⁹⁵ Par ex., V. MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anticorruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law : Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 160-195, spéc. pp. 167-169.

¹²⁹⁶ Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JOCE* L 166 du 28 juin 1991, pp. 77-82.

¹²⁹⁷ V. Recommandations du GAFI, *Les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux*, 1990, URL : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/Recommandations%20GAFI%201990.pdf>

¹²⁹⁸ Article 3 de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, signée le 19 décembre 1988, entrée en vigueur le 11 novembre 1990.

¹²⁹⁹ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, signée le 8 novembre 1990, remplacée par la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des

la directive de l'UE vise uniquement comme infraction principale l'activité criminelle définie à l'article 3, paragraphe 1, point a) de la convention de Vienne, et autorise les États membres à étendre la notion d'infraction principale¹³⁰⁰. L'enjeu principal de l'interdiction du blanchiment réside précisément dans son champ d'application, qui dépend de l'infraction principale visée : la première directive ne visant pas la corruption en tant qu'infraction principale, il est possible ici de l'écarter.

595. Incrimination. Faute de compétence pénale du pilier communautaire, sous le traité de Maastricht, la première directive antiblanchiment, comme les suivantes, ne pose aucune obligation d'incrimination : *« l'Union européenne a engagé une lutte tenace et ardue contre le blanchiment de capitaux, surtout depuis la création du marché unique et la libéralisation des marchés de capitaux et des services financiers. Elle a utilisé à cet effet une méthode tortueuse, complexe et difficilement compréhensible ou applicable, dès lors que le Conseil n'a pas été capable, dans le contexte du premier pilier, d'arrêter quelque réglementation incriminant le blanchiment de capitaux et d'apporter une solution globale au problème en tenant compte de toutes les dimensions de celui-ci. Voilà pourquoi la lutte contre le blanchiment de capitaux semble être régie par des règles relevant tantôt du premier pilier, tantôt du troisième pilier »*¹³⁰¹. Les définitions ont donc uniquement pour objet de délimiter les obligations de prévention et de détection issues de la directive elle-même. L'incrimination du blanchiment a été réalisée par le biais de deux instruments fondés sur le 3^{ème} pilier.

L'article 2 du second protocole à la convention PIF (ci-après, « 2nd protocole ») impose aux États membres d'incriminer le blanchiment d'argent, l'infraction étant définie par renvoi la première directive antiblanchiment susmentionnée. Toutefois, le 2nd protocole donne également une liste limitative des infractions principales concernées : il s'agit de la fraude, dans les cas graves, et de la corruption active et passive lorsqu'elle porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à la protection des intérêts financiers de l'UE. Cette précision empêche le second protocole de bénéficier des extensions prévues

produits du crime et au financement du terrorisme, signée le 16 mai 2005, en vigueur le 1^{er} mai 2008. La France a signé la Convention le 23 mars 2011, v. Décret 2016-499 du 22 avr. 2016, *JORF* du 24 avr. 2016, texte n° 1.

¹³⁰⁰ D. FLORE, S. BOSLY, *op. cit.*, p. 222.

¹³⁰¹ Rapport de la commission LIB du Parlement européen sur une initiative de la République française en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, 25 oct. 2000, A5-0313/2000, p. 23.

par les directives antiblanchiment postérieures. En outre, l'article 18 du 2nd protocole autorise les États membres à n'ériger le blanchiment en infraction pénale que s'il est lié à des cas graves de corruption active et passive. Toutefois, en pratique, seule l'Espagne semble avoir émis une telle réserve¹³⁰², qui avait été insérée pour tenir compte du fait que le premier protocole lui-même limite l'obligation de prévoir une peine privative de liberté aux cas graves de corruption. Un auteur a également pu remarquer que le 2nd protocole n'était pas entré en vigueur au moment de la rédaction de son étude¹³⁰³ ; le protocole est effectivement entré en vigueur très tardivement, c'est-à-dire postérieurement à la 3^{ème} directive antiblanchiment ce qui a pu conduire à relativiser son intérêt.

Aussi, la décision-cadre du 26 juin 2001 apparaît comme l'instrument central dans la répression du blanchiment¹³⁰⁴. De manière surprenante, l'infraction n'est cependant pas définie par référence aux directives de l'Union européenne, mais à la convention du Conseil de l'Europe précitée. Partant du principe qu'il s'agit d'un instrument externe à l'Union, mais commun à tous les États membres, elle emploie une méthode originale : sans incriminer directement les comportements, sauf exception dans des cas graves¹³⁰⁵, elle interdit aux États membres de lever certaines réserves et précise que les infractions principales doivent comprendre, en tout état de cause, « *les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois* »¹³⁰⁶.

Comme un auteur le remarque¹³⁰⁷, l'intérêt de la décision-cadre est modeste : incriminer le blanchiment et définir la notion « d'infraction principale ». L'incrimination aurait pu être insérée dans une directive antiblanchiment après l'arrêt de la CJUE du

¹³⁰² La liste des réserves est disponible sur le site officiel du Conseil, URL : <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=1997086>

¹³⁰³ P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight against corruption – The evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, éd. Cambridge University Press, 2010, p. 118.

¹³⁰⁴ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JOCE L* 182 du 5 juill. 2001, pp. 1-2.

¹³⁰⁵ V. not., D. FLORE, S. BOSLY, *op. cit.*, p. 226.

¹³⁰⁶ Décision-cadre 2001/500/JAI, art. premier.

¹³⁰⁷ V. D. FLORE, S. BOSLY, *op. cit.*, p. 227.

23 octobre 2007¹³⁰⁸, ce qui n'est plus le cas après Lisbonne : les directives antiblanchiment doivent désormais être fondées sur l'article 114 TFUE (protection du marché intérieur) et il apparaît possible d'incriminer le blanchiment par le biais d'une directive fondée soit sur l'article 83§1 TFUE (tout comme la corruption, il s'agit d'un « eurocrime ») soit sur l'article 83§2 TFUE, puisque l'incrimination peut être vue comme indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation. Toutefois, l'incrimination du blanchiment semble suivre un chemin proche de celle de la corruption et il convient de formuler à cet égard deux observations supplémentaires. Premièrement, la proposition de directive PIF maintient et étend l'incrimination du blanchiment dans le cadre de la protection des intérêts financiers afin d'assurer une répression uniforme en la matière. Pour définir le blanchiment, elle procède à un renvoi à la 3^{ème} directive antiblanchiment de 2005 (qui, dans la version finale, devrait être remplacé par un renvoi à la 4^{ème} directive antiblanchiment adoptée depuis). Toutes les infractions visées par la future directive PIF devront être considérées comme des infractions principales et le critère de la gravité est supprimé. Deuxièmement, la Commission avait annoncé, dans l'exposé des motifs de la proposition de la 4^{ème} directive antiblanchiment, vouloir renforcer l'arsenal répressif européen en proposant, en 2013, une directive fondée sur l'article 83§1 TFUE et destinée à remplacer la décision-cadre susmentionnée¹³⁰⁹. Au début de l'année 2016, aucune proposition en ce sens n'a été déposée. La volonté d'adopter un nouvel instrument sur le fondement de l'article 83§1 TFUE apparaît cependant plus forte qu'en matière de corruption puisque, dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme¹³¹⁰, et dans un contexte particulier à la suite des attentats commis en Europe en 2015, la Commission s'est donné comme objectif de déposer une proposition avant le 4^{ème} trimestre de l'année 2016¹³¹¹.

¹³⁰⁸ CJCE, Grande Chambre, 23 octobre 2007, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), Rec. 2007, p. I-9097.

¹³⁰⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, 5 févr. 2013, COM(2013) 45 final, p. 2.

¹³¹⁰ P. SZAREK-MASON, *op. cit.*, p. 122.

¹³¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme, 2 févr. 2016, COM(2016) 50 final, Annexe 1, p. 3.

596. Deuxième directive antiblanchiment. La deuxième directive antiblanchiment, adoptée en juin 2001¹³¹², vient modifier la directive de 1991 et étend le champ d'application du blanchiment. En effet, son principal apport, dans la perspective de la présente étude, est de viser directement la corruption comme une infraction principale du blanchiment. Elle crée également une catégorie résiduelle, dont la formulation est vague, en visant toute « *infraction susceptible de générer des produits substantiels et qui est passible d'une peine d'emprisonnement sévère, conformément au droit pénal de l'État membre* ».

Les personnes physiques et morales assujetties doivent être tenues, par le droit interne de chaque État membre, de déclarer leurs soupçons aux autorités compétentes¹³¹³ et bénéficier d'une protection contre les mesures de rétorsion lorsqu'elles agissent de bonne foi¹³¹⁴. La déclaration de soupçons ainsi effectuée participe directement à la détection des infractions de corruption.

597. Troisième directive antiblanchiment. La troisième directive antiblanchiment, adoptée en 2005¹³¹⁵ à la suite de la mise à jour de ses recommandations par le GAFI¹³¹⁶, remplace les deux instruments précédents et consacre plusieurs évolutions intéressant la lutte contre la corruption. Tout d'abord, elle modifie la liste des infractions principales du blanchiment. En effet, la catégorie résiduelle est précisée pour inclure « *toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois* »¹³¹⁷. Ensuite diverses mesures sont adoptées comme l'interdiction des comptes bancaires anonymes¹³¹⁸

¹³¹² Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JOCE L 344 du 28 déc. 2001, pp. 76-81.

¹³¹³ *Ibid.*, art. 6 et 7.

¹³¹⁴ *Ibid.*, art. 9.

¹³¹⁵ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JOUE L 309 du 25 nov. 2005, pp. 15-36.

¹³¹⁶ Recommandations du GAFI, *Les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux*, oct. 2003, URL : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%20quarante%20recommandations%20orc.pdf>

¹³¹⁷ Directive 2005/60/CE, art. 3, para. 5, point f).

¹³¹⁸ *Ibid.*, art. 6.

et la responsabilité des personnes morales pour le blanchiment¹³¹⁹. De surcroît, pour améliorer le traitement des informations divulguées concernant un éventuel blanchiment de capitaux, ou financement du terrorisme, les États membres doivent créer des Cellules de Renseignement Financier (ci-après, « CRF »)¹³²⁰.

Enfin, l'obligation de vigilance est renforcée en ce qui concerne les transactions effectuées par des « *personnes politiquement exposées* » qui résident dans un autre État membre ou dans un pays tiers¹³²¹. Cette expression découle de « l'affaire Abacha » dans laquelle un ancien Président nigérian était accusé d'avoir pillé les ressources de son pays, puis d'avoir transféré les fonds détournés par le biais de comptes en banque au Royaume-Uni et en Suisse. En réaction, les institutions financières suisses ont adopté des obligations de vigilance particulières pour les personnes politiquement exposées¹³²². Pour la même raison, une obligation de vigilance renforcée a d'ailleurs été insérée à l'article 52, paragraphe 1 de la convention de Mérida relatif à la prévention et à la détection des transferts du produit du crime. S'agissant de la directive antiblanchiment, il convient de relever le caractère flou de l'expression employée : les personnes politiquement exposées sont « *les personnes physiques qui occupent ou se sont vu confier une fonction publique importante ainsi que les membres directs de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées* »¹³²³. Aussi, une liste a été dressée par la Commission européenne dans un instrument séparé¹³²⁴. Un auteur remarque que l'introduction de dispositions rattachées à la lutte contre la corruption dans une directive antiblanchiment s'inscrit dans un objectif plus large que la répression des infractions graves : l'objectif est

¹³¹⁹ *Ibid.*, art. 39. La directive ne vise que des « sanctions administratives », sans préjudice du droit des États membres d'imposer des sanctions pénales.

¹³²⁰ *Ibid.*, art. 21.

¹³²¹ *Ibid.*, art. 13, para. 4.

¹³²² V. Communication de H. HAENEL, *Utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (texte E 2734)*, Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, y compris le financement du terrorisme, 01 déc. 2004, URL : www.senat.fr/ue/pac/E2734.html

¹³²³ Directive 2005/60/CE, art. 2, paragraphe 8.

¹³²⁴ Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée, *JOUE* L 214 du 4 août 2006, pp. 29-34.

d'assurer la mise en œuvre des instruments et le respect de l'État de droit¹³²⁵. Cette tendance semble d'ailleurs s'accroître dans le cadre de la quatrième directive antiblanchiment.

598. Portée des premières directives antiblanchiment. À côté des nouvelles recommandations du GAFI de 2012¹³²⁶, la Commission européenne semble s'être fondée sur le travail de nombreuses organisations internationales afin d'en déduire la nécessité d'un renforcement des dispositions antiblanchiment, notamment pour lutter contre la corruption.

Tout d'abord, l'OCDE a pu remarquer que, sur la période couverte dans son étude, les taux de détection des cellules de renseignements financiers ont été négligeables : elles n'ont été à l'origine que de six affaires de corruption transnationale¹³²⁷. Devant ce constat, la Commission européenne a intégré dans son paquet anticorruption de 2011, la nécessité d'assurer une coopération plus soutenue entre les CRF, les agences spécialisées dans la lutte contre la corruption¹³²⁸, et les services répressifs.

Le rapport anticorruption de 2014 se fonde également largement sur le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹³²⁹. En effet, ce dernier estime que certains États membres du Conseil de l'Europe « *accueillent ou tolèrent des modalités financières et juridiques plus ou moins douteuses du système offshore* »¹³³⁰. À la lumière des règles de contrôle faibles applicables au secteur financier d'un État membre, le rôle joué par les banques pour faciliter le blanchiment d'argent semble avoir été de nouveau discuté¹³³¹. Aussi, il n'est pas étonnant de trouver dans la quatrième directive

¹³²⁵ MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT, *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, 2011, pp. 83-106, spéc. p. 93.

¹³²⁶ Recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, févr. 2012, URL : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf

¹³²⁷ Rapport de l'OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, éd. OCDE, 2014, p. 16.

¹³²⁸ À ce sujet, v. *supra*, n^{os} 589. -590.

¹³²⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 20.

¹³³⁰ Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Promouvoir une politique appropriée en matière de paradis fiscaux*, Exposé des motifs, Doc.12894, para. 36.

¹³³¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 20.

antiblanchiment, de nouvelles règles susceptibles de renforcer la capacité de détection des infractions de corruption.

599. Adoption du « paquet antiblanchiment ». La quatrième directive antiblanchiment¹³³² et le règlement sur les informations accompagnant les transferts de fonds¹³³³, adoptés en 2015, forment le paquet antiblanchiment de l'Union européenne. La nouvelle directive antiblanchiment abroge les deux directives antérieures¹³³⁴ et les États membres devront la transposer avant le 26 juin 2017. Il est possible d'identifier quatre modifications majeures qui devraient participer, au moins indirectement, à la lutte contre la corruption.

En premier lieu, l'UE souhaite empêcher la constitution de sociétés-écrans sur son territoire. Un auteur remarque qu'actuellement certains territoires européens autorisent la création d'une société sans que le nom de son propriétaire n'apparaisse dans le registre public : il s'agit de la Roumanie, Gibraltar, la Lituanie, la Pologne, le Royaume-Uni, Chypre, le Luxembourg, Malte, la République tchèque, l'Irlande, les Pays-Bas et la Lettonie¹³³⁵. Aussi, le chapitre III de la nouvelle directive PIF prévoit l'obligation d'obtenir des informations adéquates sur les bénéficiaires effectifs¹³³⁶ des entités juridiques constituées sur le territoire d'un État membre ainsi que sur les fiduciaires de toute fiducie régie par leur droit. Ces informations devront notamment être disponibles pour les autorités compétentes et les CRF.

En deuxième lieu, la notion de « *personne politiquement exposée* »¹³³⁷ est élargie pour inclure les personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques également sur le territoire national et non plus seulement à l'étranger ou dans des organisations

¹³³² Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, pp. 73-117.

¹³³³ Règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, pp. 1-18.

¹³³⁴ Directives 2005/60/CE et 2006/70/CE.

¹³³⁵ À ce propos, v. C. CUTAJAR, « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4 directive blanchiment ? », *JCP G*, n° 19-20, 11 mai 2015, 554.

¹³³⁶ L'article 3, paragraphe 6 de la directive 2015/849 définit le « bénéficiaire effectif » comme « la ou les personnes physiques qui, en dernier ressort, possèdent ou contrôlent le client et/ou la ou les personnes physiques pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée [...] ».

¹³³⁷ V. *supra*, n° 597.

internationales¹³³⁸. Les personnes physiques concernées par les obligations de vigilance ne pourront donc espérer échapper aux contrôles en traitant avec les institutions financières de leur propre pays.

En troisième lieu, les obligations de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle concernent également les personnes physiques ou les entités juridiques établies provenant de pays tiers identifiés comme étant « *à haut risque* » par la Commission européenne¹³³⁹. Or, parmi les facteurs de risque dont il est nécessaire de tenir compte, les annexes de la directive renvoient, entre autres, au niveau de corruption déterminé par « *des sources crédibles* ». Compte tenu de la difficulté de procéder à l'évaluation quantitative de la corruption et à l'imprécision concernant « *les sources crédibles* », il est possible d'avancer que le niveau de corruption ne devrait pas être un élément déterminant dans les choix à venir. Il apparaîtra alors nécessaire d'examiner l'utilisation de ce critère par la Commission.

En quatrième lieu, le rôle des Cellules de Renseignement Financier (CRF) est renforcé et devient central. Il est ici possible de voir la volonté de la Commission de remédier aux lacunes mentionnées dans son paquet anticorruption. Aux termes de l'article 32, paragraphe 3 de la directive 2015/849, chaque CRF doit être indépendant et autonome sur le plan opérationnel, c'est-à-dire qu'il doit disposer de l'autorité et de la capacité nécessaires pour exercer librement ses fonctions (ce qui est une garantie centrale, puisque ces autorités doivent traiter les déclarations de soupçon). La coopération entre les CRF des États membres est également renforcée : le principe est désormais l'échange d'informations, spontanément ou sur demande ; un refus peut être opposé si l'échange est considéré comme contraire aux principes fondamentaux d'un État membre¹³⁴⁰. Une CRF doit d'ailleurs transmettre immédiatement toute déclaration de soupçon qui concerne un autre État membre¹³⁴¹.

600. L'infraction principale de « corruption ». De manière surprenante, dans les directives antiblanchiment, la « corruption » est expressément mentionnée comme infraction principale (ou « sous-jacente »), mais ne reçoit, à la différence des autres infractions listées, aucune définition. En outre, aucun renvoi n'est effectué que ce soit

¹³³⁸ Directive 2015/849, art. 3, para. 9.

¹³³⁹ Directive 2015/849, art. 9 et 18.

¹³⁴⁰ Directive 2015/849, art. 51 à 57.

¹³⁴¹ Directive 2015/849, art. 53§1, al. 3.

vers un instrument de l'UE (convention de 1997 ou décision-cadre de 2003) ou vers une convention adoptée sous l'égide d'une organisation internationale (par ex., Conseil de l'Europe ou Nations Unies). Ce choix, qui n'a jamais été remis en cause depuis la seconde directive antiblanchiment, traduit une approche large de la corruption, et permet de couvrir tant le secteur public que privé. Or, un auteur a souligné, à propos de troisième directive antiblanchiment, que l'absence de définition de la notion de corruption est susceptible de créer une insécurité juridique importante et d'entraîner des divergences entre les États membres dans la transposition et l'interprétation de la directive. Il y aurait alors lieu de craindre des conséquences significatives sur la coopération judiciaire en matière pénale¹³⁴². La quatrième directive antiblanchiment ne résout pas le problème, mais, au contraire, l'accentue. Comme il l'a déjà été évoqué ci-dessus, il est maintenant posé un principe d'échange d'informations entre les CRF. Or, l'application de ce principe pourrait être compliquée dans l'hypothèse où deux États membres ne couvrent pas les mêmes comportements. La crainte d'un mécanisme proche du « *vœu pieux* » a d'ailleurs été exprimée à propos de la lutte contre la fraude fiscale par l'identification du bénéficiaire réel des sociétés¹³⁴³. Toutefois, dans la version finale de la dernière directive antiblanchiment, l'article 57 prévoit expressément : « *les différences existant entre les droits nationaux en ce qui concerne la définition des infractions fiscales pénales n'entravent pas la capacité des CRF d'échanger des informations ou d'apporter leur aide à une autre CRF dans la plus grande mesure possible en vertu de leur droit national* ». Aucune disposition similaire n'existe en matière de corruption.

Si, en pratique, le risque n'est effectivement pas neutre, il semble possible de tenir compte d'autres éléments afin de relativiser les craintes exprimées ci-dessus. Premièrement, il faut relever que les directives antiblanchiment font référence à la notion de corruption d'une manière large et ne visent donc pas les infractions de corruption active ou passive, dans le secteur public ou privé. Par conséquent, il ne s'agit pas d'encourager les États membres à donner une nouvelle définition de la corruption, ou à limiter sa portée : toutes les infractions considérées comme relevant de la corruption au sens du droit interne devraient être visées lors de la transposition. Deuxièmement, les situations

¹³⁴² MITSILEGAS, « Corruption and the European Union », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT, *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, 2011, pp. 83-106, spéc. p. 93.

¹³⁴³ C. CUTAJAR, « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4 directive blanchiment ? », *JCP G*, n° 19-20, 11 mai 2015, 554.

conflictuelles devraient être rares en pratique. Si l'harmonisation n'est pas parfaite¹³⁴⁴, tous les États membres ont ratifié un ou plusieurs instruments internationaux de lutte contre la corruption. De plus, le fait de lister certaines infractions semble avoir essentiellement une portée symbolique destinée à souligner la gravité de certains comportements dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. En effet, les infractions listées tombent dans la catégorie résiduelle étant réprimées par une peine privative de liberté dont la durée maximale est supérieure à 1 an ou, le cas échéant, dont la durée minimale est supérieure à 6 mois¹³⁴⁵. Il y a donc un effet d'optique entre les infractions graves listées et la catégorie résiduelle¹³⁴⁶. À titre d'exemple, lors de la transposition de la directive, la France n'a pas jugé nécessaire de viser directement les infractions de corruption, mais a employé sa propre catégorie résiduelle¹³⁴⁷. Troisièmement, il convient de rappeler le contexte dans lequel ce choix a été effectué. En 2001, ni la décision-cadre sur la corruption dans le secteur privé ni la convention de Mérida n'étaient adoptées. L'alternative envisagée par le Conseil était donc de limiter l'infraction principale à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, voire aux comportements réprimés par la convention de Bruxelles du 26 mai 1997. Le choix de ne pas se référer à ces instruments apparaît alors cohérent. En effet, l'objectif de la directive antiblanchiment est de protéger l'intégrité du système financier et le marché intérieur. Or, les atteintes à ce dernier ne se limitent pas aux infractions sur lesquelles l'Union européenne a une compétence pénale. Aussi, la directive antiblanchiment participe à la détection et à la répression de la corruption d'une manière beaucoup plus large, toutes les infractions étant couvertes, y compris si elles ont été commises hors du territoire d'un État membre.

Il apparaît donc nécessaire de garder à l'esprit les objectifs des instruments examinés. Les directives antiblanchiment ne donnent aucune règle minimale relative à la définition d'infractions pénales. Il reste qu'elles ont effectivement une influence sur la détection de la corruption et sur la coopération judiciaire. Or, l'adoption de la quatrième directive antiblanchiment tend à démontrer que le législateur européen n'entend pas faire référence

¹³⁴⁴ V. *supra*, n^{os} 545. et s.

¹³⁴⁵ Dans ce second cas, l'affirmation doit cependant être relativisée. V. *supra*, n^{os} 382. et s.

¹³⁴⁶ Le même effet optique se retrouve lorsqu'on compare le champ d'application des incriminations par la décision-cadre de 2001 et les directives antiblanchiment. V. D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2ème éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 226.

¹³⁴⁷ Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, *JORF*, 31 janv. 2009, p. 1819 ; codifiée aux articles L. 561-1 et s. du Code monétaire et financier (CMF). V., en particulier, CMF, art. L. 561-1 et L. 561-15.

à la convention de Mérida, ce qui était pourtant une solution envisageable pour prévenir l'insécurité juridique évoquée ci-dessus tout en conservant une approche large de la lutte contre la corruption.

II. Vers une protection généralisée du lanceur d'alerte

601. Définitions. La protection des « lanceurs d'alerte »¹³⁴⁸ ou « *whistleblower* »¹³⁴⁹, innovation venue d'outre-Atlantique¹³⁵⁰, apparaît aujourd'hui comme un enjeu central dans la mise en œuvre effective de la lutte contre la corruption.

La position particulièrement vulnérable de celui qui, de bonne foi, tant dans le secteur public que privé, révèle des faits graves susceptibles de porter atteinte à l'intérêt général connaît un regain d'attention en raison d'une succession récente de scandales¹³⁵¹ et de poursuites engagées contre les auteurs des signalements¹³⁵². Le lanceur d'alerte, dont l'action est ciblée, doit donc être distingué de celui qui a des motivations sous-jacentes (par exemple, le gain ou la calomnie), voire du « *leaker* »¹³⁵³. Il se différencie également

¹³⁴⁸ Il n'existe pas de définition unique du lanceur d'alerte. V. Recommandation du Conseil de l'Europe, *Protection des lanceurs d'alerte*, 30 avr. 2014, CM/Rec(2014)7, Annexe, p. 7 : « "lanceur d'alerte" désigne toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé » ; comp., pour une définition positive et négative, Rapport du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, coll. Les études du Conseil d'État, éd. La documentation française, 25 févr. 2016, p. 11 : « Le lanceur d'alerte n'est ni un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni un partisan de la désobéissance civile, qui revendiquerait une "contre-légitimité". Il n'est pas non plus un délateur ou un sycophante, qui agirait dans son intérêt personnel, ni un calomniateur, qui chercherait à nuire ou à jeter l'opprobre. Le lanceur d'alerte signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, de l'intérêt dans une organisation ou de l'extérieur, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur. La présente étude le distingue donc des personnes dont la profession ou l'activité habituelle est d'alerter, comme les journalistes, ainsi que des personnes qui font connaître des comportements répréhensibles dont ils sont, au moins pour partie, les auteurs ».

¹³⁴⁹ Le terme « *whistleblower* » est employé pour la première fois par l'avocat américain Ralph Nader en 1972 et signifie littéralement « personne soufflant dans un sifflet ».

¹³⁵⁰ V. N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte. - Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 oct. 2015, 1492.

¹³⁵¹ Il est ici possible de penser aux affaires « Snowden », du « Mediator » et « Luxleaks », voire à « Wikileaks » et aux « Panama Papers ».

¹³⁵² À titre d'exemple, les poursuites engagées dans le cadre de l'affaire Luxleaks au Luxembourg. V., par ex., R. LECADRE, « Procès LuxLeaks : la justice luxembourgeoise en question... », *Libération* [En ligne], 27 avr. 2016, URL : www.liberation.fr/france/2016/04/27/proces-luxleaks-la-justice-luxembourgeoise-en-question_1449031

¹³⁵³ La doctrine majoritaire anglo-saxonne distingue le « lanceur d'alerte » et le « fuité » en fonction des moyens utilisés. Le premier emploie des moyens légaux et mérite protection (en recours graduel aux outils mis à sa disposition, d'une résolution interne du conflit vers le public) tandis que le second viole délibérément la loi en défiant les pouvoirs publics et doit donc être puni. Pour une remise en cause de cette distinction,

des indicateurs, des témoins ou des victimes et ne bénéficie donc pas systématiquement des protections qui leur sont accordées.

602. Extraterritorialité. De surcroît, l'extra-territorialité de certains droits étrangers a déjà contraint les entreprises européennes à mettre en place des dispositifs d'alerte professionnelle, afin notamment de recueillir en interne les soupçons de corruption des salariés¹³⁵⁴. Ainsi, la loi américaine Sarbanes-Oxley, dite « loi SOX », outre l'interdiction des mesures de rétorsion à l'encontre des *whistleblowers*¹³⁵⁵, impose à toutes les sociétés cotées aux Etats-Unis et à leurs filiales, américaines ou étrangères, la mise en œuvre de mécanismes d'alerte¹³⁵⁶. En 2010, la loi « Dodd-Franck » est venue renforcer la protection des lanceurs d'alerte devant la SEC et aménager des mesures incitatives supplémentaires comme la récompense pécuniaire, y compris en cas d'alerte anonyme¹³⁵⁷. De même, la loi japonaise « *Financial Instrument and Exchange Act* » adoptée le 6 juin 2006¹³⁵⁸, dite « J-SOX », impose à toutes les entreprises cotées au Japon le renforcement des contrôles internes pour assurer la fiabilité des informations financières à destination des investisseurs, ce qui suppose la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle¹³⁵⁹. Pour permettre aux multinationales européennes de faire face à leurs obligations, les États membres, souvent réticents pour des motifs culturels et historiques¹³⁶⁰, ont donc dû *a*

conduisant à placer le « fuité » hors du champ de la légitimité démocratique, et une distinction fondée sur la fin poursuivie entre « lanceur d'alerte » et « professionnels de la transparence » (*hard* et *soft* dans les deux catégories), v. J.-F. FOEGLE, « Lanceur d'alerte ou “leaker” ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 10, 2016, URL : <http://revdh.revues.org/2367>

¹³⁵⁴ Voir not., C. DIDIER, « L'alerte éthique. Un outil problématique au cœur de la RSE », Colloque du Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement durable (RI - ODD) [En ligne], Lille, juin 2009, URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00784788/document>

¹³⁵⁵ Aux Etats-Unis, les mesures de rétorsions contre les lanceurs d'alerte sont considérées comme des obstructions de justice. Une action civile est reconnue au lanceur d'alerte en cas de discrimination (section 806 du SOX) et cette dernière est, par ailleurs, criminalisée (section 1107 de la SOX).

¹³⁵⁶ Mise en place obligatoire d'un comité d'audit capable de recevoir et de traiter de manière confidentielle les plaintes d'un lanceur d'alerte (section 301 de la SOX) ; l'obligation pour les avocats qui pratiquent devant la SEC, dans certaines circonstances, de dénoncer leur client (section 307) ; compétence du *Department of Justice* et de la SEC pour assurer l'application de la loi SOX (section 3(b) de la SOX).

¹³⁵⁷ V. la section 922 du Dodd-Franck Act.

¹³⁵⁸ Une traduction anglaise non officielle est publiée sur le site du régulateur japonais. URL : <http://www.fsa.go.jp/common/law/fie01.pdf>

¹³⁵⁹ Par ex., v. la délibération CNIL n° 2010-275 du 1^{er} juillet 2010 autorisant une SAS à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle pour se conformer à la loi japonaise du 6 juin 2006.

¹³⁶⁰ La représentation de la « délation » est liée, en France, aux dénonciations anonymes de juifs sous l'Occupation pendant la Seconde Guerre Mondiale. Aussi, en 2004, certaines entreprises avaient souligné dans leur code de déontologie que « la délation ne fait pas partie des valeurs de [cette entreprise] ». V. C. POLLONI, « Si, les lettres de dénonciation des juifs sont accessibles », *L'Obs avec Rue 89* [En ligne], 24 mai 2013, URL : <http://rue89.nouvelobs.com/2013/05/24/si-les-lettres-denonciation-juifs-sont->

minima adapter leur droit positif sous l'angle de la protection des données à caractère personnel¹³⁶¹.

603. Au plan international, les obligations issues des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption sont faibles et disparates. Dans ce domaine, il est possible d'exclure les instruments de l'UE, la convention pénale du Conseil de l'Europe¹³⁶² et la convention de l'OCDE qui ne prévoient aucune disposition relative au signalement des faits de corruption.

En revanche, l'article 9 de la convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe¹³⁶³ oblige les signataires à protéger les employés contre toute sanction injustifiée : chaque Partie doit prévoir en droit interne « *une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables* ». Toutefois, la « *protection adéquate* » apparaît particulièrement floue et laisse une marge importante aux signataires lors de la transposition : le rapport explicatif de la convention susmentionnée renvoie essentiellement à la possibilité pour le salarié d'obtenir des dommages-intérêts, si son employeur lui inflige des sanctions injustifiées en raison d'un signalement. De plus, il est possible d'interpréter strictement la notion de « *salarié* ». À titre d'exemple, le législateur français a fait le choix, dans la loi du 13 novembre 2007, de limiter la protection aux salariés du secteur privé, dans leur relation de travail avec leur employeur¹³⁶⁴. Il a ainsi exclu d'autres parties prenantes qui pouvaient participer à la révélation de l'infraction (comme des cocontractants ou des journalistes). Si la réforme de 2007 a donc permis d'améliorer la protection légale, sous certaines conditions, des salariés qui signalent des faits de corruption, et de satisfaire formellement

accessibles-242588 ; Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la France, *Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, Phase 2, janv. 2004, para. 32.

¹³⁶¹ E. BAILLY, E. DAOUD, « Le *whistleblowing* et la protection des données à caractère personnel : le compromis américano-européen », *AJ Pénal*, 2010, pp. 269 et s.

¹³⁶² L'article 22 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe vise la protection des collaborateurs de justice et des témoins. Toutefois, le rapport explicatif estime que l'expression « *collaborateur de justice* » renvoie aux personnes mises en examen ou condamnées pour corruption. La notion de « *témoin* », au sens de la convention, apparaît large, mais la convention pénale ne protège que les « *témoins qui font une déposition* ». V. Rapport explicatif de la convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, para. 107 à 113.

¹³⁶³ Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, signée le 4 nov. 1999, en vigueur le 1^{er} nov. 2003.

¹³⁶⁴ Code du travail, art. L. 1161-1.

aux évaluations internationales¹³⁶⁵, l'efficacité du droit positif français s'est avérée insuffisante¹³⁶⁶.

La convention de Mérida, adoptée en 2003, est plus proche des standards actuels puisqu'elle pose les bases d'une protection globale¹³⁶⁷. Dans la partie préventive, l'article 13§2 de la convention précitée impose à chaque signataire de veiller à ce que « les organes de prévention de la corruption compétents [...] soient accessibles, lorsqu'il y a lieu, pour que tous faits susceptibles d'être considérés comme constituant une infraction à la présente Convention puissent leur être signalés, y compris sous couvert d'anonymat ». Dans la partie concernant la répression et la détection, l'article 33 s'intéresse à la protection des personnes qui communiquent des informations aux autorités compétentes :

*« Chaque État Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention »*¹³⁶⁸.

604. Néanmoins, les deux dispositions susmentionnées restent floues sur les mesures concrètes à mettre en œuvre, et laissent à chaque État le soin d'en apprécier la portée. En outre, la mise en place d'une protection des lanceurs d'alerte reste entièrement facultative puisque les États ont uniquement l'obligation de l'envisager.

605. Il en résulte une protection inégale des lanceurs d'alerte par les États membres, même si de nombreuses réformes ont été engagées depuis 2010 ou sont actuellement en cours d'adoption¹³⁶⁹. D'une manière générale, entre 1975 et 2015, près de 40 États dans

¹³⁶⁵ Par ex., v. Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la France, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, oct. 2012, para. 167-171.

¹³⁶⁶ Par ex., v. Rapport du SCPC pour l'année 2014, éd. DILA, Paris, 2015, pp. 197-242.

¹³⁶⁷ Sur la naissance d'une approche globale, v. A. BILLARD et alii, « Le "milieu du gué" de la protection législative des lanceurs d'alerte », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], mai 2014, URL : <http://revdh.revues.org/752>

¹³⁶⁸ Nous soulignons.

¹³⁶⁹ À ce propos, v. Rapport du SCPC pour l'année 2011, éd. La documentation française, 2011, pp. 171-201.

le monde ont adopté une législation protégeant les lanceurs d'alerte¹³⁷⁰. Ces dernières ne semblent cependant pas toujours en mesure de répondre de manière satisfaisante aux préoccupations internationales.

En effet, plusieurs États membres ont des législations qui ne protègent pas, ou peu, les auteurs de signalement tant dans le secteur public que dans le secteur privé : c'est notamment le cas de la Bulgarie, la Finlande, la Grèce, la Lituanie, le Portugal, la Slovaquie et l'Espagne. À titre d'exemple, la protection offerte par le droit positif portugais apparaît très limitée : « *les lanceurs d'alerte, des avocats aux politiciens en passant par les fonctionnaires, s'accordent d'une manière générale sur le fait que le gouvernement et les autorités répressives sont indifférents lorsqu'ils sont menacés, licenciés ou mutés. Les agents publics en particulier doivent être prêts à tout perdre* »¹³⁷¹. Dans le secteur public, un principe général de protection des agents publics et des employés des entreprises a été posé en 2008¹³⁷². Toutefois, ce principe, dont la formulation est vague, est une mesure isolée. La protection est limitée à une seule année avec une levée de l'anonymat si la personne visée par le signalement est mise en examen¹³⁷³. Le chapitre national sur le Portugal du rapport anticorruption de l'UE souligne que le secteur privé ainsi que les juges ne sont pas couverts et, qu'en pratique, il n'existe aucun mécanisme spécifique de protection¹³⁷⁴. Or, selon les autorités de poursuite portugaises, entre 2004 et 2008, près d'un tiers des signalements dans les affaires de corruption ont été réalisés par des sources non officielles et de manière anonyme¹³⁷⁵. En avril 2015, une nouvelle loi est venue renforcer le dispositif afin d'étendre la protection au secteur privé. Toutefois, le législateur portugais n'a pas saisi cette opportunité pour remédier aux carences importantes. Les moyens à la disposition des lanceurs d'alerte pour obtenir

¹³⁷⁰ J.-P. FOEGLE, « Lanceur d'alerte », in *Universalis éducation* [En ligne], Encyclopædia Universalis, URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/lanceur-d-alerte>

¹³⁷¹ Avis des lanceurs d'alerte portugais interrogés pour le rapport national du Portugal commandé par l'association Transparency International ; v. Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, p. 15.

¹³⁷² Loi portugaise 19/2008 et Décret-Loi 190/2003.

¹³⁷³ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, p. 71.

¹³⁷⁴ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 22 sur la Portugal, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 4.

¹³⁷⁵ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, p. 72.

réparation et se protéger (autre que la mutation), ou les conditions de protection de l'anonymat, ne sont ainsi toujours pas détaillés¹³⁷⁶.

À l'inverse, en Europe, plusieurs États membres sont régulièrement cités en modèle¹³⁷⁷. Ainsi, au Royaume-Uni, le *Public Interest Disclosure Act*, adopté le 2 juillet 1998, offre une protection large couvrant le secteur public comme privé. Cette législation a d'ailleurs été amendée en 2013, par l'*Enterprise and Regulatory Reform Act*¹³⁷⁸, pour trouver un nouvel équilibre : « *la subordination de la protection à la bonne foi du lanceur d'alerte a été remplacée par l'exigence de "croyance raisonnable" dans le caractère d'"intérêt public" de l'alerte, les juges ayant fait une interprétation trop libérale de la notion de bonne foi* »¹³⁷⁹. Sous certaines conditions, l'alerte externe est autorisée et semble effectivement protégée¹³⁸⁰. Néanmoins, des lacunes semblent persister¹³⁸¹, les préjudices de carrière des lanceurs d'alerte, souvent définitifs et les réduisant à vivre d'aides sociales¹³⁸², continuant d'exister¹³⁸³.

606. Irlande. À la suite de l'adoption du *Protected Disclosures Act*¹³⁸⁴ qui a fusionné et renforcé les instruments sectoriels antérieurs, il est désormais possible d'inclure l'Irlande dans la liste des États membres dotés d'une législation « avancée ». Si le PIDA anglais susmentionné est souvent présenté comme ayant inspiré de nombreux pays¹³⁸⁵ comme l'Australie¹³⁸⁶ ou l'Irlande, il convient de relever l'équilibre particulier décidé en 2014 par cette dernière. En effet, à la différence du PIDA, il n'existe aucun « *Public interest test* » : « *le motif pour lequel le signalement a été effectué n'est pas pertinent pour*

¹³⁷⁶ Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur le Portugal, *Portugal: follow-up to the phase 3 report & recommendations*, Phase 3, nov. 2015, para. 14.

¹³⁷⁷ C'est notamment le cas du Luxembourg, de la Roumanie, de la Slovaquie et du Royaume-Uni.

¹³⁷⁸ *Enterprise and Regulatory Reform Act* du 25 avril 2013, en vigueur le 1^{er} octobre 2013.

¹³⁷⁹ Rapport du SCPC pour l'année 2014, éd. DILA, Paris, 2015, p. 205.

¹³⁸⁰ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, p. 83.

¹³⁸¹ Le SCPC semble viser essentiellement la nécessité de prendre conseil avant d'effectuer des signalements.

¹³⁸² Rapport du SCPC pour l'année 2014, éd. DILA, Paris, 2015, p. 206.

¹³⁸³ V., par ex., A. SMITH, « "There were hundreds of us crying out for help": the afterlife of the whistleblower », *The Guardian* [En ligne], 22 novembre 2014, URL : <http://www.theguardian.com/society/2014/nov/22/there-were-hundreds-of-us-crying-out-for-help-afterlife-of-whistleblower>

¹³⁸⁴ *Protected Disclosures Act* (Irlande) de 2014, en vigueur le 15 juillet 2014. La législation irlandaise peut être consultée sur le site officiel du Procureur irlandais (*Attorney General*). URL : www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/14/enacted/en/index.html

¹³⁸⁵ Par ex., S. GILES, *The Business Ethics Twin-Track - Combining controls and culture to minimise reputational risk*, éd. Wiley, 2015, p. 270.

¹³⁸⁶ *Public Interest Disclosure Act* (Australie) de 2013, en vigueur en janvier 2014.

déterminer s'il s'agit ou non d'une divulgation protégée »¹³⁸⁷. L'idée sous-jacente est de ne pas décourager les lanceurs d'alerte, l'intérêt public d'une révélation, même éventuelle, étant placé au-dessus de la nécessité de sanctionner les personnes abusant de la protection légale. Pour « équilibrer la législation », le *Protected Disclosure Act* interdit aux employeurs toute mesure de rétorsion contre les employés qui procèdent à un signalement, mais ne prévoit aucune sanction pénale à leur rencontre¹³⁸⁸. Les choix irlandais, qui se veulent pragmatiques, semblent entrer en confrontation directe avec les valeurs défendues par les pays civilistes¹³⁸⁹, mais également avec la définition même du lanceur d'alerte retenue par le Conseil de l'Europe¹³⁹⁰. Dans ce contexte, l'harmonisation des droits européens apparaît très incertaine.

607. Entre les deux extrêmes susmentionnés, de nombreux États membres ont adopté une législation partielle et segmentée, souvent à la suite de scandales ou sur pression internationale. C'est, par exemple, le cas de la France qui a adopté plus de cinq lois en la matière¹³⁹¹, mais qui apparaissent parfois insuffisantes pour inciter les personnes concernées à signaler des infractions, tant dans le secteur public¹³⁹² que privé¹³⁹³. Depuis

¹³⁸⁷ Protected Disclosure Act (Irlande), art. 5(7) : « *the motivation for making a disclosure is irrelevant to whether or not it is a protected disclosure* ».

¹³⁸⁸ Rapport de l'OCDE, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, éd. OCDE, 2016, pp. 174-175.

¹³⁸⁹ Par ex., en France, v. Rapport du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, coll. Les études du Conseil d'État, éd. La documentation française, 25 févr. 2016, p. 73 : « Plus largement, les réflexions menées dans le cadre de cette étude ont montré que le droit d'alerte s'inscrivait d'emblée dans la poursuite de l'intérêt général. L'alerte ne saurait ainsi en aucun cas être émise au profit d'intérêts particuliers, par animosité personnelle ou avec l'intention de nuire, pas plus qu'elle ne saurait constituer une forme de délation pour des personnes portées à en abuser. Dans chacun de ces cas, des sanctions existent, sur lesquelles il convient d'informer l'ensemble des acteurs ».

¹³⁹⁰ V. *supra*, n° 601.

¹³⁹¹ Les signalements peuvent porter sur la corruption dans le secteur privé, les faits relatifs à la sécurité sanitaire du médicament, les risques graves pour la santé publique et l'environnement, certains conflits d'intérêts, les crimes et les délits. V. respectivement, L. n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 14 nov. 2007, p. 18648 ; L. n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF*, 30 déc. 2011, p. 22667 ; L. n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, *JORF*, 17 avr. 2013, p. 6465 ; L. n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, 12 oct. 2013, p. 16829 ; L. n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, 7 déc. 2013, p. 19941.

¹³⁹² E. ALT, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G*, no 43, 20 oct. 2014, doctr. 1092 ; S. PRINGAULT, « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation d'infractions pénales .- Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing », *Dr. adm.*, no 4, avr. 2012, étude 8.

¹³⁹³ N. M. MEYER, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, 2014, pp. 2242 et s. : « [La France] ne dispose cependant que d'un dispositif lacunaire (deux lois ne protègent pas du licenciement), sans définition globale du lanceur d'alerte, ni canaux sécurisés (internes et externes), ni

2007, la lutte contre la corruption a été l'un des principaux moteurs dans la réflexion des parties prenantes et pourrait conduire, en 2016, à l'adoption d'une nouvelle loi destinée à améliorer de manière drastique la protection et l'accompagnement des lanceurs d'alerte¹³⁹⁴. Toutefois, celle-ci ne devrait pas avoir pour effet de fusionner et d'étendre les législations sectorielles en vigueur, ce qui a notamment conduit la société civile à exercer une nouvelle pression avant les discussions parlementaires¹³⁹⁵.

608. Les lacunes persistantes des États membres semblent avoir entraîné deux conséquences au niveau international : une protection en aval des lanceurs d'alerte par la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après, « CEDH ») et l'adoption d'une série d'instruments de *soft law* par les organisations internationales.

Sur le fondement de l'article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme (ci-après, « Conv. EDH ») relatif à la liberté d'expression, la CEDH a récemment rendu quatre arrêts définissant les contours du droit d'alerte¹³⁹⁶. L'arrêt *Bucur et Toma* de 2013 a joué un « rôle directeur vis-à-vis des juridictions nationales qui tiennent généralement compte des six critères énoncés [...] à savoir (1) le défaut d'autres moyens à disposition du lanceur d'alerte pour procéder à la divulgation des faits dénoncés ; (2) l'intérêt public de la divulgation ; (3) la vraisemblance des informations ; (4) l'intérêt général de la divulgation versus le préjudice causé par la divulgation aux personnes mises en cause ; (5) la bonne foi du lanceur d'alerte et (6) la proportionnalité de la sanction qui lui a été, le cas échéant, infligée – si tant est qu'elle est justifiée – à raison de la dénonciation ou de la divulgation des informations »¹³⁹⁷. Néanmoins, la

autorité indépendante, ni garantie de confidentialité ni possibilité d'anonymat, ni sanctions pénales pour les auteurs de représailles, ni fonds de dotation ni fondation pour les victimes, ni prévention, ni évaluation. Un dispositif fragmenté (mille-feuille) et lacunaire qui pourrait s'avérer, sans moyens dédiés, faiblement opérationnel ».

¹³⁹⁴ À ce propos, v. S. DENAJA, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique (n° 3770), après engagement de la procédure accélérée, relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, Assemblée nationale, n° 3785 et 3786, 26 mai 2016.

¹³⁹⁵ « Loi Sapin-II: Une pétition en ligne pour réclamer une meilleure protection des lanceurs d'alerte », 20 minutes [En ligne], 21 avr. 2016, URL : <http://www.20minutes.fr/societe/1831631-20160421-loi-sapin-ii-petition-ligne-reclamer-meilleure-protection-lanceurs-alerte>

¹³⁹⁶ CEDH [GC], 12 févr. 2008, *Guja c. Moldova*, n° 142777/04 ; CEDH, 19 févr. 2009, *Marchenko c. Ukraine*, n° 4063/04 ; CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08 ; CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, n° 40238/02.

¹³⁹⁷ N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte. - Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 oct. 2015, 1492, para. 16.

CEDH apporte une protection qui semble très tardive, puisqu'elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours en droit interne. Or, pour que le cadre juridique de l'alerte soit satisfaisant et que les mesures de rétorsion n'entraînent pas des dommages sur le long terme voire définitifs, il apparaît nécessaire d'assurer une protection en aval et en amont.

Aussi, les instruments internationaux de *soft law*, y compris en matière de corruption, se sont multipliés afin d'inciter les États à renforcer leur droit positif. L'OCDE a ainsi mis en exergue la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte dans ses principes directeurs à l'intention des multinationales¹³⁹⁸. En outre, à défaut de mention des lanceurs d'alerte dans la convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la corruption active des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, plusieurs recommandations tendant à encourager la mise en place de mécanismes de signalement afin de lutter contre la corruption ont été adoptées : en 1998, la Recommandation sur l'amélioration des comportements éthiques dans le service public encourage les États à prévoir des mécanismes permettant de détecter des actes répréhensibles comme la corruption¹³⁹⁹ ; la section IX de la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption est consacrée au signalement des faits de corruption transnationale¹⁴⁰⁰. L'OCDE a également consacré un rapport sur les lanceurs d'alerte¹⁴⁰¹ à la suite d'une demande du G20¹⁴⁰², dans le cadre du plan d'action anti-corruption de ce dernier, adopté lors du sommet de Séoul en 2010. La même année, lors du sommet de Toronto, le G20 a d'ailleurs créé un groupe de travail sur la corruption qui continue de souligner l'importance des mécanismes d'alerte¹⁴⁰³.

¹³⁹⁸ *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, éd. OCDE, 2011, p. 27.

¹³⁹⁹ Recommandation du Conseil sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public incluant les principes propres à favoriser la gestion de l'éthique dans le service public, 23 avr. 1998, C(98)70/FINAL.

¹⁴⁰⁰ Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 26 nov. 2009, C(2009)159/REV1/FINAL, dans sa version amendée du 18 févr. 2010, C(2010)19.

¹⁴⁰¹ Rapport de l'OCDE, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, éd. OCDE, 2016.

¹⁴⁰² Le Groupe des 20 (G20) est une instance internationale de pilotage économique réunissant 19 pays plus l'Union européenne.

¹⁴⁰³ Toutefois, la *Task Force* anticorruption du G20 semble avoir été suspendue sous la présidence chinoise. V. M. PRICE, « China suspends G20 anti-corruption task force: sources », *Reuters* [En ligne], 20 avr. 2016, URL : www.reuters.com/article/us-china-corruption-g-idUSKCN0XH0AB. L'OCDE assiste régulièrement le G20 sur les questions de corruption, URL : <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/>

Les instruments du Conseil de l'Europe s'avèrent également nombreux¹⁴⁰⁴. Une attention particulière doit être portée aux initiatives récentes qui contribuent à l'émergence d'une protection européenne du lanceur d'alerte : la résolution 1729(2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe reconnaît explicitement l'importance des lanceurs d'alerte notamment pour lutter contre la corruption et invite tous les États membres à passer en revue leur législation à la lumière de plusieurs principes directeurs. En mars 2012, le comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe (ci-après, « CDCJ ») a commandé une étude à un professeur de criminologie et un expert anticorruption sur la faisabilité d'un instrument de protection des employés¹⁴⁰⁵. Celui-ci a finalement abouti, le 30 janvier 2014, à la Recommandation 2014(7) qui pose pour la première fois les bases claires d'une protection européenne du lanceur d'alerte¹⁴⁰⁶.

609. Si la Recommandation 2014(7) constitue dorénavant le cadre européen de référence pour toutes les nouvelles initiatives législatives en matière d'alerte éthique, il est possible d'y voir un échec partiel : dans la Recommandation 1916(2010), l'Assemblée parlementaire avait invité le Conseil des Ministres à envisager l'élaboration d'une convention-cadre, instrument contraignant, et non d'un nouvel instrument de droit souple. Aussi, en 2015, à la suite des révélations sur la NSA par Edward Snowden, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'a pas hésité à réitérer sa volonté de voir adopter une convention, mais en s'adressant également aux États membres du Conseil de l'Europe et à l'Union européenne¹⁴⁰⁷.

610. Afin de parvenir à établir un véritable statut européen du lanceur d'alerte, certains auteurs¹⁴⁰⁸, ainsi que l'association Transparency International¹⁴⁰⁹, semblent

¹⁴⁰⁴ V. not., Résolution 97(24) du Conseil de l'Europe portant vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, 6 nov. 1997 ; Recommandation n° 10 E du Comité des Ministres aux États membres sur les codes de conduite des agents publics, 11 mai 2000, art. 12.

¹⁴⁰⁵ P. STEPHENSON, M. LEVI, *La protection des donneurs d'alerte - Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, URL : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/CDCJ\(2012\)9F_Final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/CDCJ(2012)9F_Final.pdf)

¹⁴⁰⁶ À ce propos, v. J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'«Europe des droits de l'homme» », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 mars 2015, URL : <http://revdh.revues.org/1073>

¹⁴⁰⁷ V. Résolution 2060(2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, para. 10.1.3.

¹⁴⁰⁸ J.-P. FOEGLE, *op. cit.*, para. 41 ; N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte. - Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 oct. 2015, 1492, para. 37.

¹⁴⁰⁹ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, p. 5.

fonder leur espoir sur l'Union européenne : « *néanmoins, dans un double contexte de concurrence entre ordres juridiques européens en matière de protection des droits fondamentaux, peut-être est-ce précisément de l'Union européenne que viendra le "salut" des lanceurs d'alerte ?* »¹⁴¹⁰. La perspective n'est pas sans fondement puisque le Parlement européen se montre particulièrement insistant à l'égard de la Commission en l'invitant régulièrement à lui soumettre une proposition législative¹⁴¹¹. En outre, le scandale des *Panama Papers* et l'adoption de la directive sur le secret des affaires laissent penser que l'alerte éthique sera un enjeu central de la 8^{ème} législature.

Or, si l'idée d'une directive est régulièrement évoquée, son fondement juridique et son contenu ne sont généralement pas abordés. Compte tenu de l'importance des lanceurs d'alerte dans la détection des infractions de corruption, il apparaît nécessaire d'examiner plus attentivement le rôle que pourrait remplir l'Union européenne. En effet, si cette dernière a adopté une position timide jusqu'à présent (A), il peut être trompeur d'avancer, à propos de la directive sur le secret des affaires susmentionnée, que « *c'est la première fois qu'il est ainsi fait référence aux lanceurs d'alerte dans une directive européenne* »¹⁴¹². À l'inverse, s'il n'est pas certain que « *l'idée d'un statut du lanceur d'alerte dans l'Union européenne [soit] renvoyée aux calendes grecques* »¹⁴¹³, les difficultés à venir ne doivent pas être sous-estimées. Dans cette hypothèse, une action ciblée sur la corruption apparaît toujours possible et ne serait pas nécessairement dénuée d'intérêt (B).

A. L'exemplarité relative des institutions UE

611. La protection des lanceurs d'alerte est un enjeu qui s'est tout d'abord imposé à l'Union européenne au sein de ses propres institutions, notamment à la suite de l'« affaire Cresson ». En effet, en 1998, un fonctionnaire européen décide de transmettre un rapport à des députés européens, où il y décrit « *le népotisme de Mme Cresson, alors commissaire européenne, et des irrégularités dans la sous-traitance de certains contrats* »¹⁴¹⁴. Moins

¹⁴¹⁰ J.-P. FOEGLE, *op. cit. & loc. cit.*

¹⁴¹¹ V. *infra*, n° 619.

¹⁴¹² Nous soulignons. G. PITTELLA et *alii*, « Le Parlement européen a fait un pas en avant », *Le Monde*, 26 avr. 2016, p. 23.

¹⁴¹³ E. ALT, « Antoine Deltour doit être protégé et non pas sanctionné », *Le Monde*, 26 avr. 2016, p. 23.

¹⁴¹⁴ E. ALT, I. LUC, *L'esprit de corruption*, coll. Documents, éd. Le Bord de l'eau, 2012, p. 128.

de sept jours suivant ces révélations, la Commission décide de suspendre le fonctionnaire, entraînant une importante bataille institutionnelle¹⁴¹⁵.

L'affaire susmentionnée est ainsi à l'origine de deux évolutions importantes en lien direct avec la détection des infractions de corruption. En premier lieu, en 1999, l'UCLAF (Unité de coordination de lutte antifraude) est remplacé par l'OLAF (Office européen de Lutte antifraude)¹⁴¹⁶. En second lieu, en 2004, le statut des fonctionnaires européens est amendé et pose une obligation de signalement : « *le fonctionnaire qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, a connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption [...] en informe immédiatement son supérieur hiérarchique direct ou [...] directement l'Office européen de lutte antifraude* »¹⁴¹⁷.

612. L'efficacité des articles 22 bis et 22 ter du statut des fonctionnaires européens, dont l'intérêt a d'ailleurs été très rapidement remis en cause par un rapport de la Direction des affaires budgétaires du Parlement européen¹⁴¹⁸, est difficile à apprécier pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le nombre de dénonciations apparaît faible, l'OLAF en comptabilisant environ cinq par an¹⁴¹⁹. La raison avancée par la Commission européenne est toutefois surprenante puisqu'elle explique ces statistiques par le fait que, dans la majorité des cas où une irrégularité est détectée, la fonctionnaire en informe sa hiérarchie sans invoquer les règles de dénonciation. Or, la protection accordée par le statut des fonctionnaires n'est pas dépendante d'une demande explicite : chaque cas de dénonciation susceptible de bénéficier des protections susmentionnées aurait donc dû être comptabilisé. Ensuite, dans de nombreuses affaires portées devant la Cour de Justice, lorsque les suites données à un signalement n'étaient pas jugées satisfaisantes par le fonctionnaire lanceur

¹⁴¹⁵ J. QUATREMER, « La Commission punit l'eurocrate par qui le scandale arrive. Paul Van Buitenen a envoyé un rapport à l'europarlement sur les fraudes de Bruxelles », *Libération*, 6 janv. 1999, p. 9 ; M. SCOTTO, « La Commission de Bruxelles menacée de censure au Parlement de Strasbourg », *Le Monde*, 12 janv. 1999, p. 2 ; N. DUBOIS, « Paul van Buitenen remporte 2 sièges avec son Europe transparence - Le "carillonner" des Pays-Bas », *Libération*, 15 juin 2004, p. 4.

¹⁴¹⁶ V. *infra*, n^{os} 749. et s.

¹⁴¹⁷ Statut des fonctionnaires des Communautés européennes (2004), art. 22 bis.

¹⁴¹⁸ Rapport de la Direction des affaires budgétaires du Parlement européen, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12 mai 2006, PE 373.735, p. 48 : « les articles 22a et 22b du statut des fonctionnaires européens ne couvrent que partiellement ce qui pourrait être qualifié d'activité du lanceur d'alerte. En outre, ils ont un effet limité lorsqu'il s'agit d'inciter à la fois le *management* et le personnel à adopter le comportement souhaité ».

¹⁴¹⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, *La Commission adopte de nouvelles lignes directrices pour rappeler à ses fonctionnaires et agents leur obligation de dénoncer les dysfonctionnements*, 6 déc. 2012, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1326_fr.htm

d'alerte, les articles 22 bis et 22 ter ont rarement été soulevés, l'enjeu central étant souvent procédural¹⁴²⁰. De surcroît, même si le fonctionnaire a l'obligation de rapporter les faits graves suspectés, et pourrait subir une sanction disciplinaire dans le cas contraire¹⁴²¹, le mécanisme n'est pas incitatif et se contente d'assurer l'absence de mesures de rétorsion. Or, jusqu'à présent, les articles susmentionnés n'ont jamais été soulevés avec succès devant le Tribunal de la fonction publique (ci-après, « TFPUE »), par exemple en obtenant l'annulation d'un acte ayant pour objet le transfert d'office dans un autre service ou le non-renouvellement du contrat¹⁴²².

Le contour de la protection accordée a été précisé à travers quelques rares décisions juridictionnelles qui n'ont cependant pas de lien direct avec la lutte contre la corruption. Le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, « TUE ») a ainsi confirmé que la protection devait être accordée au fonctionnaire indépendamment de la suite donnée au signalement par l'OLAF¹⁴²³. Dans une autre affaire¹⁴²⁴, le TUE a accueilli plusieurs des moyens soulevés par le requérant qui n'avait pas obtenu gain de cause devant le TFPUE : la bonne foi du fonctionnaire doit s'analyser d'une manière plus souple lorsqu'il est soumis à une obligation et non à un droit de dénoncer, en raison de sa marge d'appréciation restreinte¹⁴²⁵ ; le tribunal doit rechercher, pour apprécier la bonne foi, si les faits étaient vraisemblables et non s'ils étaient réels¹⁴²⁶ ; la gravité des faits rapportés doit s'analyser de manière globale, et non de manière parcellaire ou isolée¹⁴²⁷ et, enfin, les modalités de communication doivent être appréciées *in concreto* lorsque l'information a été communiquée à d'autres personnes que le supérieur hiérarchique direct ou l'OLAF¹⁴²⁸. Le TUE a donc partiellement censuré l'arrêt et renvoyé l'affaire devant le TFPUE. Compte tenu des nombreux éléments de faits, l'issue reste incertaine, mais il est possible de souscrire à l'analyse selon laquelle le juge de l'Union a ici cherché à faciliter le recours au mécanisme de l'alerte¹⁴²⁹.

¹⁴²⁰ Rapport de la Direction des affaires budgétaires du Parlement européen, *Corruption and conflict of interest in the European Institutions : the effectiveness of whistleblowers*, 2011, PE 453.222, pp. 28-32.

¹⁴²¹ Statut des fonctionnaires (2004), art. 86.

¹⁴²² TFPUE, 11 septembre 2013, F-126/11 (ECLI:EU:F:2013:126), *José Antonio de Brito Sequiera Carvalho c/ Commission*, inédit.

¹⁴²³ TPI, 22 mars 2006, *Strack c/ Commission*, affaire T-4/05, *JOUE* C 121 du 20 mai 2006, p. 12.

¹⁴²⁴ TUE, 8 oct. 2014, *Bermejo Garde / CESE*, affaire T-530/12 P (ECLI:EU:T:2014:860), inédit.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, para. 149-152 et 155.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, para. 136.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, para. 153.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, para. 159-165.

¹⁴²⁹ V. GIACOBOO-PEYRONNEL, V. HUC, « Chronique de jurisprudence en droit de la fonction publique de l'Union européenne - Seconde partie », *Revue de l'Union européenne*, n° 588, 2015, pp. 324 et s.

613. Comme il l'a été mentionné ci-dessus, la protection accordée aux fonctionnaires n'a pas permis d'améliorer drastiquement la détection des infractions graves commises par les fonctionnaires européens. Le dispositif souffre des mêmes lacunes que celui de nombreux États membres, notamment par l'absence de mesures d'accompagnement des fonctionnaires en amont du signalement. Le besoin d'une telle protection ressort particulièrement d'un arrêt du TPFUE de 2013, où le requérant demandait à la juridiction de lui garantir le bénéfice de l'article 22 bis paragraphe 3 du statut précité. Or, comme le précise le TPFUE : « *selon une jurisprudence constante, il n'appartient pas au juge de l'Union, dans le cadre du contrôle de légalité, d'adresser des injonctions aux institutions de l'Union ou de se substituer à ces dernières (arrêt du Tribunal de première instance du 5 avril 2005, Christensen/Commission, T-336/02, point 17 ; arrêts du Tribunal du 8 février 2012, AY/Conseil, F-23/11, points 13 et 14, faisant l'objet d'un pourvoi pendant devant le Tribunal de l'Union européenne, affaire T-167/12 P)* »¹⁴³⁰.

614. Le Règlement du 22 octobre 2013¹⁴³¹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, a cherché à remédier aux carences susmentionnées en insérant un article 22 quater dans le statut des fonctionnaires européens. Ce dernier contraint chaque institution à mettre en place une procédure pour le traitement des réclamations émanant des fonctionnaires, notamment lorsqu'ils s'acquittent de leurs obligations au titre des articles 22 bis et 22 ter. Il faut relever que la confidentialité du traitement des informations reçues est particulièrement mise en avant, mais que peu d'autres critères sont posés.

615. Toutefois, le renforcement des capacités de détection des institutions européennes reste lent. Près de deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau statut, seuls la Commission¹⁴³², le Médiateur européen¹⁴³³, la Cour des comptes européenne¹⁴³⁴ et le

¹⁴³⁰ TPFUE, 11 juillet 2013, *AN / Commission*, affaire F-111/10 (ECLI:EU:F:2013:114), inédit, para. 49.

¹⁴³¹ Règlement (UE, Euratom) n° 1023/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le statut des fonctionnaires de l'Union européenne et le régime applicable aux autres agents de l'Union européenne, *JOUE* L 287 du 29 oct. 2013, pp. 15-62.

¹⁴³² Communiqué de presse de la Commission européenne, *Commission issues new guidelines to remind staff of whistleblowing obligations*, 6 déc. 2012, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1326_en.htm

¹⁴³³ Décision de la Médiatrice européenne sur des règles internes en matière de divulgation dans l'intérêt général (« alerte éthique »), 26 févr. 2015, aff. OI/1/2014/PMC, URL : <http://www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/correspondence.faces/fr/59102/html.bookmark>

¹⁴³⁴ À ce propos, v. Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/1/2014/PMC concerning whistleblowing, 26 févr. 2016, aff. OI/1/2014/PMC, URL : www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/decision.faces/fr/59114/html.bookmark

Parlement européen¹⁴³⁵ ont établi des règles internes. Le médiateur européen a d'ailleurs été contraint d'ouvrir une enquête, afin de faire céder certaines réticences¹⁴³⁶.

Par ailleurs, la protection ne concerne pas toutes les personnes travaillant dans les institutions européennes. Ainsi, les règles internes du Parlement européen ne couvrent pas les assistants parlementaires, ce qui place ces derniers dans une position délicate¹⁴³⁷. Toutefois, il convient de relever que cette décision est conforme aux prescriptions de l'article 22 quater qui ne concerne que les fonctionnaires européens et non ses autres agents.

B. Le statut européen du lanceur d'alerte sous l'égide de l'UE ?

616. L'Union européenne a adopté plusieurs actes de droit dérivé qui incluent une protection des lanceurs d'alerte. Hors du secteur financier¹⁴³⁸, il est possible de relever la directive de 1976 sur l'égalité hommes/femmes¹⁴³⁹, les directives sur l'égalité de traitement en matière d'emploi adoptées en 2000¹⁴⁴⁰ et la directive de 2013 sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières¹⁴⁴¹. Enfin, la proposition de directive sur le « secret

¹⁴³⁵ Les règles internes du Parlement européen du 4 décembre 2015 relatives à l'article 22c du statut des fonctionnaires peuvent être trouvées sur le site officiel du Transparency International UE, URL : www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2016/01/ri_artil22quater_whistleblowing_en.pdf

¹⁴³⁶ Le 26 février 2015, sur neuf institutions interrogées, seules deux avaient adopté des procédures adéquates. V., Décision de la Médiatrice européenne sur des règles internes en matière de divulgation dans l'intérêt général (« alerte éthique »), 26 févr. 2015, aff. OI/1/2014/PMC.

¹⁴³⁷ Q. ARIES, J. PANICHI, « No protection for assistants in Parliament's whistle-blower revamp », *Politico* [En ligne], 8 janvier 2016, URL : <http://www.politico.eu/article/no-protection-for-assistants-in-parliaments-whistle-blower-revamp-safeguards-transparency-international>

¹⁴³⁸ La distinction effectuée par Noëlle Lenoir peut ici être prolongée avec les instruments adoptés en 2015 et 2016 ; v. N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte. - Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 oct. 2015, 1492.

¹⁴³⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JOCE* L 39 du 14 févr. 1976, pp. 40-42.

¹⁴⁴⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2 déc. 2000, pp. 16-22 ; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* L 180 du 19 juill. 2000, pp. 22-26.

¹⁴⁴¹ Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOUE* L 178 du 28 juin 2013, pp. 66-106.

des affaires »¹⁴⁴² qui, contrairement à ce qui a pu être écrit¹⁴⁴³, n'a pas été adoptée le 14 avril 2016¹⁴⁴⁴, prévoit la protection, si le défendeur a agi dans le but de protéger l'intérêt public général, de ceux qui contreviendraient au secret des affaires pour révéler une activité illégale :

« Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

a) *pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;*

b) *pour révéler une faute professionnelle ou une autre faute ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;*

c) *la divulgation par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ;*

d) *aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national »*¹⁴⁴⁵.

617. Plusieurs directives intéressent spécifiquement le secteur financier : la directive relative aux contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés¹⁴⁴⁶, qui renvoie également au règlement sur le contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public¹⁴⁴⁷, la directive sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de

¹⁴⁴² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 28 nov. 2013, COM(2013) 813 final.

¹⁴⁴³ « L'UE adopte la directive controversée sur le "secret des affaires" », *La Tribune* [En ligne], 14 avr. 2016, URL : <http://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/l-ue-adopte-la-directive-controversee-sur-le-secret-des-affaires-564405.html>

¹⁴⁴⁴ La date correspond à la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen qui est conforme aux accords tripartites informels. La directive a été adoptée le 8 juin 2016 : Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE* L 157 du 15 juin 2016, pp. 1-18.

¹⁴⁴⁵ Nous soulignons. Directive 2016/943 (secret des affaires), art. 5.

¹⁴⁴⁶ Directive 2014/56/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, *JOUE* L 158 du 27 mai 2014, pp. 196-226.

¹⁴⁴⁷ Règlement (UE) n° 537/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission, *JOUE* L 158 du 27 mai 2014, pp. 77-112.

blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme¹⁴⁴⁸, et le règlement du 16 avril 2014 sur les abus de marché¹⁴⁴⁹ prolongé par la directive d'exécution de la Commission¹⁴⁵⁰, adoptée le 17 décembre 2015, et qui constitue le seul instrument de l'Union européenne ayant pour objet unique le signalement aux autorités compétentes des violations potentielles ou réelles.

618. Plusieurs observations peuvent être formulées à propos des instruments susmentionnés. Tout d'abord, ils ont pour caractéristique commune d'être des instruments sectoriels de prévention, aucune disposition n'étant incluse dans un instrument général ou ne relevant de l'espace de liberté, de sécurité ou de justice. Ensuite, il est possible d'observer la multiplicité des formes et des objectifs assignés au signalement. En ce qui concerne la forme, certaines protections ne sont que des incitations prévues essentiellement dans le préambule¹⁴⁵¹, des formulations lapidaires¹⁴⁵² ou, au contraire, des dispositions détaillées ouvrant différentes possibilités (rémunération des informateurs, par exemple) aux États membres¹⁴⁵³. Concernant l'objectif du signalement, la plupart des instruments ne cherchent pas à favoriser la détection des infractions. La nécessité d'assurer le droit d'expression des salariés naît de l'atteinte qui est susceptible de leur être portée par la mise en œuvre du droit de l'Union. C'est le cas de la directive sur le secret des affaires qui, même si elle ne prévoit aucune sanction pénale, pourrait dissuader quiconque de révéler des informations par crainte de poursuites systématiques sur ce fondement. Il est également possible d'y inclure la 4^{ème} directive antiblanchiment qui protège les entités assujetties, ainsi que les employés et les dirigeants, contre tout engagement de leur responsabilité, si la divulgation est faite de bonne foi et

¹⁴⁴⁸ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, pp. 73-117.

¹⁴⁴⁹ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, pp. 1-61.

¹⁴⁵⁰ Directive d'exécution (UE) 2015/2392 de la Commission du 17 décembre 2015 relative au règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le signalement aux autorités compétentes des violations potentielles ou réelles dudit règlement, *JOUE* L 332 du 18 décembre 2015, pp. 126-132.

¹⁴⁵¹ Par ex., Directive 2014/56 (contrôles légaux des comptes annuels), Préambule, cons. 17.

¹⁴⁵² Directive 2016/943 (secret des affaires), art. 5.

¹⁴⁵³ Règlement 596/2014 (abus de marché), art. 32 et sa Directive d'exécution 2015/2392.

indépendamment de la réalité des faits allégués. Mais il est ici uniquement visé les divulgations obligatoires prévues aux articles 33 et 34 de la même directive qui impose notamment l'autorité qui doit recueillir l'information : ce n'est donc pas une incitation à dénoncer, mais une prise en compte de l'obligation de dénoncer. Un autre objectif est assigné à la directive sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières. En effet, l'objectif est bien de favoriser les signalements, mais uniquement afin de faire circuler l'information rapidement et de favoriser ainsi la prise de décision rapide en cas de danger grave ou imminent dans la conduite de certaines activités.

L'objectif de favoriser la détection et la répression des infractions apparaît de manière sous-jacente dans certains instruments et notamment dans les instruments relatifs aux abus de marché particulièrement détaillés. En effet, il convient de rappeler l'adoption de la directive relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marchés sur le fondement de l'article 83, paragraphe 2 TFUE¹⁴⁵⁴. Cette dernière voit dans la directive 2003/6/CE (remplacée par le règlement sur les abus de marchés), un moyen d'imposer aux États membres de veiller à ce que « *les autorités compétentes aient les pouvoirs de détecter et d'instruire les abus de marché* ». Le règlement sur les abus de marché prévoit également dans son préambule que « *les informateurs peuvent porter de nouvelles informations à l'attention des autorités compétentes qui les aident à détecter et à infliger des sanctions pour les opérations d'initiés et les manipulations de marché [...]. Signaler les violations du présent règlement est nécessaire pour garantir qu'une autorité compétente puisse détecter et infliger des sanctions pour les abus de marché* »¹⁴⁵⁵.

Néanmoins, la protection accordée aux lanceurs d'alerte, même limitée aux abus de marché, ne vise que les violations au règlement lui-même et ne sert donc pas, formellement, à favoriser la détection d'une infraction pénale. L'amalgame pourrait d'ailleurs être renforcé par le fait que le règlement et la directive ont aligné leur champ d'application : en informant de la violation du règlement, susceptible d'être sanctionnée par la voie administrative, le lanceur d'alerte peut avertir éventuellement, par ricochet, de ses soupçons sur la commission d'infractions pénales. Il en résulte qu'aucun instrument adopté par l'Union européenne n'a envisagé la protection des lanceurs d'alerte comme un moyen d'assurer la détection d'infractions pénales harmonisées au niveau de l'Union

¹⁴⁵⁴ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché), *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, pp. 179-189.

¹⁴⁵⁵ Règlement 596/2014 (abus de marché), Préambule, cons. 74.

européenne : il est donc cohérent de ne pas avoir envisagé cette protection comme une mesure d'accompagnement dans une directive d'harmonisation du droit pénal substantiel. Aussi, même si le Royaume-Uni et le Danemark ne participent pas à la directive du 16 avril 2014 sur les sanctions pénales applicables aux abus de marché, ils sont soumis aux mêmes obligations que les autres États membres en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte.

619. Il résulte de ce qui précède qu'aucun instrument de l'UE n'oblige les États membres à protéger le lanceur d'alerte qui révélerait des infractions de corruption. L'une des évolutions envisageables est l'adoption d'une directive globale de l'Union européenne ayant pour objet la protection des lanceurs d'alerte. En effet, depuis plusieurs années, le Parlement européen invite la Commission à lui soumettre une proposition législative en la matière. Cette attente ressort notamment de la résolution du 23 octobre 2013, ayant pour objet l'adoption du rapport final sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux réalisé par la commission CRIM du Parlement européen :

« [Le Parlement européen] invite la Commission à présenter avant fin 2013 une proposition législative visant à mettre en place un programme européen efficace et complet pour protéger, dans le secteur privé comme dans le secteur public, ceux qui détectent des erreurs de gestion et des irrégularités et qui dénoncent des cas de corruption nationaux et transfrontaliers liés à des intérêts financiers de l'Union européenne, ainsi que les témoins, les informateurs et les collaborateurs de justice, et en particulier les témoins déposant contre des organisations mafieuses et autres organisations criminelles, qui apporte une solution aux conditions de vie difficiles qu'ils connaissent (risques de représailles, rupture des liens familiaux, déracinement, exclusion sociale et professionnelle, etc.) ; invite également les États membres à assurer une protection adéquate et efficace aux dénonciateurs »¹⁴⁵⁶.

La Commission n'ayant pas soumis de proposition législative, le Parlement européen a réitéré son invitation, dans certains instruments sectoriels¹⁴⁵⁷, mais surtout dans son

¹⁴⁵⁶ Nous soulignons. Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux: recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre, 23 oct. 2013, T7-0444/2013, para. 14.

¹⁴⁵⁷ V., par ex., Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 contenant des recommandations à la Commission en vue de favoriser la transparence, la coordination et la convergence des politiques en matière d'impôt sur les sociétés au sein de l'Union, 16 déc. 2015, T8-0457/2015, Recommandation A7 (Protection des lanceurs d'alerte).

rapport sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne¹⁴⁵⁸ et dans ses résolutions sur du 29 octobre 2015 sur la surveillance électronique de masse des citoyens : « [le Parlement européen] déplore que la Commission n'ait pas donné suite à la requête du Parlement d'examiner la possibilité d'un programme européen complet de protection des lanceurs d'alerte et invite la Commission à présenter une communication sur ce sujet avant la fin de l'année 2016 au plus tard »¹⁴⁵⁹.

Devant l'inaction de la Commission, certains députés ont décidé de créer l'intergroupe « Intégrité – transparence, lutte contre la corruption et la criminalité organisée » (ci-après, « ITCO »), organe non officiel¹⁴⁶⁰, afin de faire pression sur les institutions européennes. L'initiative d'une directive sur les lanceurs d'alerte semble également soutenue par de nombreux acteurs de la société civile¹⁴⁶¹. Enfin, certains eurodéputés ont annoncé vouloir déposer une proposition de directive en la matière au Parlement européen début mai.

620. Trois problèmes peuvent être soulevés dès à présent dans l'éventualité d'une directive globale. En premier lieu, la question de la base juridique apparaît délicate. Il est possible de penser à la protection du marché intérieur, l'article 114 TFUE fondant déjà le règlement sur les abus de marché, la directive antiblanchiment et la directive sur le secret des affaires. Néanmoins, ces instruments sont destinés à protéger l'intégrité du marché et du système financier ainsi que l'avantage concurrentiel et la compétitivité des entreprises européennes. La protection des lanceurs d'alerte intervient alors de manière sectorielle lorsque la mise en œuvre du droit de l'Union a des conséquences sur la liberté d'expression. Il apparaît difficile d'en déduire un fondement juridique suffisant permettant à l'Union d'harmoniser d'une manière générale un régime des lanceurs d'alerte. La Commission européenne semble d'ailleurs estimer que la compétence revient

¹⁴⁵⁸ Résolution du Parlement européen du 11 mars 2015 sur le rapport annuel 2013 sur la protection des intérêts financiers de l'Union, T8-0062/2015, para. 49.

¹⁴⁵⁹ Résolution du Parlement européen du 29 octobre 2015 sur le suivi de la résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'Union européenne, T8-0388/2015, para. 2. V. égal., Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, T7-0230/2014, Point V.

¹⁴⁶⁰ Mais approuvé par la Conférence des Présidents du Parlement européen.

¹⁴⁶¹ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013 ; v. la campagne « *Restarting the future* », URL : <http://www.restartingthefuture.eu> ; v. égal. C. LOSSON, R. LECADRE, A. GUITON, « William Bourdon : "Il faut accorder une forme d'immunité aux lanceurs d'alerte" », *Libération* [En ligne], 24 avr. 2016, URL : http://www.liberation.fr/planete/2016/04/24/william-bourdon-il-faut-accorder-une-forme-d-immunite-aux-lanceurs-d-alerte_1448389

exclusivement aux États membres : « *il n'y a aucun régime harmonisé de protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'UE et il appartient aux États membres de régir cette matière* »¹⁴⁶². En outre, même si cette base juridique s'avérait suffisante, seuls les travailleurs du secteur privé pourraient être visés.

Les eurodéputés, militant pour l'adoption d'une directive globale, cherchent donc à contourner l'obstacle en se fondant sur l'amélioration des conditions de travail en Europe, afin d'éviter les disparités entre les États membres¹⁴⁶³. La directive viserait ainsi les travailleurs du secteur privé et public au sens large. Il semble qu'il soit ici fait allusion à l'article 153 TFUE. Toutefois, en l'absence de proposition législative de la part de la Commission, il semble difficile d'apprécier la pertinence de cette base juridique. Quelle que soit la solution retenue, la compétence de l'UE pour agir de manière globale sur les lanceurs d'alerte devra faire l'objet d'une justification minutieuse.

621. En deuxième lieu, compte tenu de la diversité des droits positifs européens, l'adoption d'un instrument contraignant pourrait s'avérer difficile. Outre les divergences importantes s'agissant d'un « *droit en tension* »¹⁴⁶⁴ (par exemple, anonymat, rémunération¹⁴⁶⁵), un des enjeux centraux devrait être la définition commune du lanceur d'alerte et, plus spécifiquement, la place qu'il convient d'accorder à la subjectivité de l'auteur du signalement. Ainsi, certains députés européens préconisent de ne plus tenir compte de la motivation des lanceurs d'alerte (il n'est plus nécessaire de démontrer qu'ils agissent dans l'intérêt public), à l'image du droit irlandais. Mais, une telle règle pourrait être difficilement conciliable avec certaines conceptions européennes, y compris celle qui prime en France : « *les réflexions menées dans le cadre de cette étude ont montré que le droit d'alerte s'inscrivait d'emblée dans la poursuite de l'intérêt général. L'alerte ne saurait ainsi en aucun cas être émise au profit d'intérêts particuliers, par animosité personnelle ou avec l'intention de nuire, pas plus qu'elle ne saurait constituer une forme*

¹⁴⁶² Réponse au nom de la Commission à la question écrite d'un député européen, 8 sept. 2015, E-007299-15.

¹⁴⁶³ C. DUCOURTIEUX, « Les eurodéputés Verts veulent une protection maximale pour les lanceurs d'alerte », *Le Monde* [En ligne], 25 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/04/25/les-eurodeputes-verts-veulent-une-protection-maximale-pour-les-lanceurs-d-alerte_4908372_3214.html

¹⁴⁶⁴ E. ALT, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G*, no 43, 20 oct. 2014, doctr. 1092.

¹⁴⁶⁵ Sur les enjeux, v. C. PERINAUD, « Europe and "Whistleblowers" : still a bumpy road », *Free Group* [En ligne], 21 mai 2015, URL : <https://free-group.eu/2015/05/21/europe-and-whistleblowers-still-a-bumpy-road>

de délation pour des personnes portées à en abuser »¹⁴⁶⁶. Aussi, le Conseil d'État rapporte que « tous les acteurs auditionnés [...] se sont déclarés opposés à ce que des incitations financières soient instituées au bénéfice des lanceurs d'alerte, en raison notamment du risque de favoriser les alertes abusives ou malveillantes »¹⁴⁶⁷.

622. De surcroît, la CEDH a eu l'occasion de souligner l'importance de la motivation animant le lanceur d'alerte : « un acte motivé par un grief ou une animosité personnelle ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection élevé »¹⁴⁶⁸. La prise en compte de la bonne foi du lanceur d'alerte est d'ailleurs réaffirmée par le principe 8 de la Recommandation (2014)7 du Comité des Ministres aux États membres. Aussi, la capacité des États membres à s'accorder sur un statut européen du lanceur d'alerte par le biais d'une directive ad hoc reste incertaine. La nécessité de parvenir à un équilibre satisfaisant entre transparence et respect des droits fondamentaux s'articule difficilement avec l'empressement suscité par les différents scandales récents (Panama Papers, procès d'Antoine Delcourt dans l'affaire dite « LuxLeaks » et adoption de la proposition de directive sur le secret des affaires).

623. En troisième lieu, la volonté d'adopter une directive en matière d'alerte éthique ne semble pas partagée par la Commission européenne. Il convient de rappeler que, conformément à l'article 255 TFUE, lorsque le Parlement européen demande à la Commission de soumettre une proposition, la Commission est tenue soit de la soumettre soit de s'expliquer. La Commission semble préférer l'explication puisqu'elle a explicitement refusé de soumettre une proposition législative¹⁴⁶⁹. Outre les difficultés concernant la compétence, il est possible d'y voir une position pragmatique de la Commission compte tenu des divergences entre les États membres. Cette décision peut d'ailleurs être rapprochée de la position de la Commission en 2007 sur l'harmonisation de la protection des témoins et des collaborateurs de justice, qui avait jugé le moment

¹⁴⁶⁶ Rapport du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, coll. *Les études du Conseil d'État*, éd. La documentation française, 25 févr. 2016, p. 73.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 76.

¹⁴⁶⁸ CEDH [GC], 12 févr. 2008, *Guja c. Moldova*, n° 142777/04, para. 77.

¹⁴⁶⁹ Note du Secrétariat général du Conseil, 11 déc. 2015, Doc. n° 11384/15, p. 2 ; N. NIELSEN, « EU-wide whistleblower protection law rejected », *EU Observer* [En ligne], 23 oct. 2013, URL : <https://euobserver.com>

/justice/121873 ; comp., en sens contraire, C. ARSENAULT, « Parlement européen : le “secret des affaires” loin devant les lanceurs d'alerte », *RFI* [En ligne], 15 avr. 2016, URL : <http://www.rfi.fr/europe/20160415-parlement-europeen-vote-secret-affaires-loin-devant-lanceurs-alerte-luxleaks-deltour>

inopportun en raison de l'échec du Conseil de l'Europe dans sa tentative d'adopter un instrument contraignant¹⁴⁷⁰.

624. À la lumière des éléments mentionnés ci-dessus, le rôle de l'Union européenne dans la création d'un statut européen du lanceur d'alerte semble encore mal défini. En outre, le lanceur d'alerte glisse progressivement du rôle d'agent de la lutte contre la corruption vers celui d'agent de la transparence en toute situation. Dans l'hypothèse où une directive sur l'alerte éthique serait finalement adoptée, la lutte contre la corruption dans les États membres en bénéficierait nécessairement. Mais cette approche ne semble pas pouvoir aboutir à un instrument contraignant à court ou à moyen terme en raison de la diversité des intérêts en jeu et de la complexité de parvenir à un accord européen.

625. Aussi, il est possible d'avancer que l'approche sectorielle n'a pas perdu de son intérêt. Il existe aujourd'hui dans de nombreux États membres et organisations internationales¹⁴⁷¹ (OCDE, ONU, GRECO) un consensus sur l'intérêt de protéger, sous certaines conditions, ceux qui signalent, de bonne foi, des soupçons de corruption. En effet, la dissimulation presque systématique de l'infraction rend particulièrement difficile sa découverte, même si les autorités de poursuite renforcent leur capacité de détection. L'alerte éthique peut alors être conçue comme un moyen complémentaire, nécessaire et efficace dans la lutte contre la corruption.

Il ressort également des évaluations conduites au niveau international qu'il est essentiel, d'une part, de prévoir des dispositions contraignantes afin de parvenir à une harmonisation minimale de la matière, puisque certains États membres continuent de démontrer une volonté faible dans la mise en œuvre effective des engagements internationaux et, d'autre part, de ne pas se contenter d'une obligation générale, mais de donner des indications claires sur les outils qu'il convient de créer pour protéger les lanceurs d'alerte et les personnes visées en amont et aval du signalement.

626. Tout en reconnaissant la problématique, la Commission européenne semble également refuser une approche contraignante ciblée sur la lutte contre la corruption. Dans

¹⁴⁷⁰ Document de travail de la Commission sur la faisabilité d'un instrument législatif européen dans le domaine de la protection des témoins et des collaborateurs de justice, 13 nov. 2007, COM(2007) 693 final, pp. 8-9.

¹⁴⁷¹ Rapport du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, coll. *Les études du Conseil d'État*, éd. La documentation française, 25 févr. 2016, p. 32.

sa communication sur la lutte contre la corruption dans l'UE de 2011, les « *futures actions* » de l'Union européenne restent floues :

« la protection effective des dénonciateurs contre les représailles est un aspect central des politiques anticorruption. Or le cadre juridique régissant cet aspect dans l'Union est inégal et complique le traitement des dossiers comportant une dimension transnationale. La Commission procédera à une évaluation de la protection des personnes qui signalent des infractions financières, qui abordera aussi la protection des dénonciateurs, et les problèmes de protection des données qui y sont liés, afin de préparer de futures actions de l'UE »¹⁴⁷².

627. Dans la communication susmentionnée de la Commission, cet objectif n'est pas conçu comme faisant partie d'un suivi plus rigoureux des efforts en matière de lutte anti-corruption, mais comme une politique interne pour améliorer la coopération entre les services répressifs, la justice et la police de l'Union. Pourtant, les actions entreprises jusqu'à présent semblent se réduire à une évaluation et à une pression politique. En effet, l'évaluation a été déléguée à l'association Transparency International qui, en 2013, a publié son rapport sur la protection des lanceurs d'alerte dans l'UE¹⁴⁷³. Les résultats, qui font ressortir des inégalités importantes entre les États membres, ont par la suite été intégrés dans le rapport anticorruption de l'UE de février 2014¹⁴⁷⁴. Outre l'évaluation susmentionnée, la Commission a mis en avant le financement de projets de recherche et un atelier à destination d'experts¹⁴⁷⁵. Toutefois, elle n'a inséré aucune disposition à ce sujet dans la proposition de directive PIF et n'a annoncé aucune nouvelle action en la matière depuis l'évaluation.

¹⁴⁷² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, n° 4.1.3.

¹⁴⁷³ Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013.

¹⁴⁷⁴ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 23.

¹⁴⁷⁵ Réponse au nom de la Commission à la question écrite d'un député européen, 8 sept. 2015, E-007299-15 : « la Commission reconnaît le rôle essentiel que jouent les lanceurs d'alerte pour ce qui est de prévenir et de dénoncer les malversations, dans les cas de corruption par exemple. Dans le rapport anticorruption de l'UE de 2014, elle aborde la question de la dénonciation des dysfonctionnements dans tous les pays de l'UE. La Commission a également financé des activités de recherche dans ce domaine et a récemment organisé un atelier pour que des experts du lancement d'alerte partagent leurs expériences ».

Section II. Des garanties approximatives face à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires

628. Convention OCDE. L'article 5 de la convention de l'OCDE de 1997 tend à démontrer la confiance modérée des signataires dans le respect par chaque État de leur engagement réciproque à lutter contre la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales :

« les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. Elles ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

629. L'objectif est de s'assurer que les soupçons de corruption active d'agents publics étrangers feront l'objet d'une enquête sérieuse et que l'opportunité des poursuites ne sera pas influencée par des préoccupations de nature politique¹⁴⁷⁶. La principale crainte, qu'il est possible d'étendre à tous les instruments internationaux relatifs à la répression de la corruption, réside dans le détournement de certains pouvoirs discrétionnaires, notamment dans les pays qui connaissent le principe de l'opportunité des poursuites. Or, les États membres présentent toujours des garanties approximatives concernant l'indépendance des autorités de poursuite (I), les immunités (II) et le recours au secret-défense (III) susceptibles de faire échec aux poursuites en matière de corruption transnationale.

I. L'indépendance des autorités de poursuites

630. Exception de « sécurité nationale ». L'affaire anglaise « *Al Yamamah* » est un exemple emblématique des risques de pressions politiques exercées afin de sauvegarder des relations diplomatiques, voire pour protéger des intérêts économiques nationaux. En l'espèce, la société anglaise BAE Systems est soupçonnée d'avoir versé des pots-de-vin, notamment à un membre de la famille royale saoudienne¹⁴⁷⁷, dans le cadre d'un contrat d'armement avec l'Arabie saoudite. Les faits auraient été commis aussi bien avant

¹⁴⁷⁶ Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997, article 5.

¹⁴⁷⁷ C. HOPE, S. SWINFORD, « Revelations in BAE Saudi case prompt inquiry call », *The Telegraph* [En ligne], 12 mars 2011, URL : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/wikileaks/8377562/Revelations-in-BAE-Saudi-case-prompt-inquiry-call.html>

qu'après l'adoption de la loi de transposition de la convention de l'OCDE au Royaume-Uni¹⁴⁷⁸. En 2004, le *Serious Fraud Office*¹⁴⁷⁹ (ci-après, « SFO ») ouvre une enquête en raison des soupçons de corruption pesant sur cette transaction commerciale. Une première tentative destinée à faire obstacle aux poursuites émane de l'entreprise suspectée : « *BAE Systems est intervenue à plusieurs reprises pour obtenir l'abandon de l'enquête anglaise, en invoquant des intérêts commerciaux, soit la perspective d'un nouveau contrat plus important encore avec l'Arabie saoudite* »¹⁴⁸⁰. En 2006, le directeur du SFO décide de clore l'enquête arguant des menaces proférées par l'Arabie saoudite d'arrêter toute coopération dans la lutte contre le terrorisme et de sa volonté de protéger les vies des citoyens anglais.

Au plan international, le groupe de travail de l'OCDE a publiquement reproché la décision du SFO en estimant que le Royaume-Uni n'avait pas respecté les prescriptions de l'article 5 de la convention OCDE susmentionnée¹⁴⁸¹. Cependant, avant cette prise de position, les États Parties à la Convention OCDE ont demandé des explications à la délégation anglaise lors d'une réunion confidentielle, en janvier 2006, en marge d'un sommet de l'OCDE à Paris¹⁴⁸². Le Royaume-Uni a alors fait valoir la nécessité de distinguer les « *relations avec un autre État* » et la défense légitime de la « *sécurité nationale et internationale* ». Comme l'a fait valoir la délégation italienne¹⁴⁸³, il est permis de se demander si chaque obligation internationale doit dorénavant être lue comme comportant implicitement une exception de sécurité nationale. Or, il apparaît particulièrement difficile d'exercer un contrôle sur une telle exception susceptible d'être

¹⁴⁷⁸ La convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 a été transposée en droit anglais par la loi « *Anti-terrorism, Crime and Security Act* » (partie 12) de 2001.

¹⁴⁷⁹ Le *Serious Fraud Office* (SFO), créé par le *Criminal Justice Act* de 1987, est un service anglais d'enquête et de poursuite (fonction hybride) des infractions économiques graves (notamment, fraude et corruption complexes).

¹⁴⁸⁰ U. CASSANI, « La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ? », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT, *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, éd. Schulthess, Genève, 2011, p. 43. V. égal., à propos de la motivation floue de « protection nationale » avancée par les autorités anglaises : D. LEIGH, R. EVANS, « BAE: secret papers reveal threats from Saudi prince », *The Guardian* [En ligne], 15 févr. 2008, URL : <https://www.theguardian.com/world/2008/feb/15/bae.armstrade>

¹⁴⁸¹ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on combating bribery in international business transactions*, Phase 2bis, oct. 2008, pp. 40-41.

¹⁴⁸² La réunion est décrite dans le rapport d'un diplomate américain détaché à l'OCDE et révélée par le biais de Wikileaks. Pour le rapport complet, v. Annexe 2.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, §14.

soulevée sans motif légitime¹⁴⁸⁴, alors qu'aucune considération politique ne doit en principe influencer la décision des autorités de poursuite¹⁴⁸⁵. Un auteur remarque ainsi que : « *la notion de "sécurité nationale" est tellement vaste qu'accepter une exception implicite d'une telle nature pourrait avoir un effet désastreux sur la raison même d'être de la convention : les États pourraient ainsi trouver prétexte pour mettre à l'abri de toute enquête leurs industries (et a fortiori les industries de la défense) en invoquant le caractère "très sensible" pour la sécurité nationale d'une enquête en cours. Ceci aboutirait à un résultat "déraisonnable" du point de vue de l'objectif de la convention, qui est de criminaliser et de sanctionner tout type de corruption d'agents publics étrangers* »¹⁴⁸⁶. Aussi, la plupart des États Parties se sont montrés peu convaincus par les explications anglaises et ont recommandé l'élaboration d'un rapport 2bis par le groupe de travail de l'OCDE en raison de l'incapacité du Royaume-Uni à respecter ses engagements internationaux.

Toutefois, la même distinction a été défendue avec succès par le gouvernement devant les juridictions anglaises. En effet, si la High Court of Justice a rejeté le raisonnement en première instance¹⁴⁸⁷, le gouvernement a finalement obtenu gain de cause devant la Chambre des Lords¹⁴⁸⁸, estimant que le Directeur du SFO n'avait pas abusé de son pouvoir discrétionnaire, mais avait dû tenir compte d'une menace « *ugly and obviously unwelcome* »¹⁴⁸⁹.

631. Transaction pénale et principe *ne bis in idem*. Le développement postérieur de l'affaire Al Yamamah est moins évoqué, mais permet d'émettre à nouveau des doutes sur l'absence de motivations politiques et économiques. D'un point de vue juridique, il est également possible de relever le recours original du Royaume, d'une part, à la transaction

¹⁴⁸⁴ V. not., à propos de l'existence et du contrôle d'une telle exception, T. CHRISTAKIS, « L'Etat avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *Revue générale de droit international public*, 2008, pp. 5-47, spéc. pp. 5-6 et pp. 26-30.

¹⁴⁸⁵ Convention OCDE, art. 5 ; v. égal. Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997, para. 27.

¹⁴⁸⁶ T. CHRISTAKIS, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁸⁷ High Court of Justice (UK), jugement du 10 avril 2008, affaire CO/1567/2007 : *The Queen on the Application of Corner House Research and Campaign against Arms Trade v. The Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems Plc.*, [2008] EWHC 714 (Admin).

¹⁴⁸⁸ House of Lords, session 2007-2008, [2008] UKHL 60, R (On the Application of Corner House Research and Others) v. Director of the Serious Fraud Office, disponible : www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080730/corner-1.htm

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, para. 41.

pénale et, d'autre part, à l'application transnationale du principe *ne bis in idem*. En effet, en février 2010, le SFO a conclu avec BAE Systems une transaction pénale pour avoir enfreint des règles comptables sur un autre contrat en Tanzanie. Or, les paragraphes 6 et 8 de l'accord apparaissent particulièrement larges¹⁴⁹⁰ :

« 6. Le SFO n'engagera pas de poursuite à l'encontre d'une quelconque personne en lien avec d'autres agissements que ceux concernant la République tchèque ou la Hongrie.

8. Il n'y aura plus d'enquêtes ou de poursuites concernant un quelconque membre du Groupe BAE Systems pour de quelconques agissements antérieurs au 5 février 2010 ».

632. Le groupe de travail de l'OCDE a souligné la surprise du Tribunal anglais chargé de déterminer la peine devant cette « *indemnité globale* »¹⁴⁹¹ s'étendant également aux faits qui n'ont pas été portés à la connaissance des autorités. Selon le SFO, l'interprétation retenue par le juge anglais n'est pas conforme à l'intention des parties, l'avocat de BAE Systems ayant lui-même confirmé que BAE « *ne conteste pas que l'interprétation correcte du paragraphe 8 est que le SFO n'engagera pas de poursuite à l'encontre du groupe de notre client en lien avec des affaires qui ont fait l'objet d'enquêtes de sa part, ou dont le SFO avait connaissance d'une autre manière, avant la date du règlement amiable* ». Néanmoins, au-delà de la rédaction particulièrement ambiguë de l'accord, l'accord semble suffisamment large pour s'appliquer également aux faits de l'affaire Al Yamamah¹⁴⁹².

Pourtant, les autorités anglaises mettent davantage en exergue le fait que BAE Systems a conclu une transaction pénale avec les autorités américaines dans le cadre précis de l'affaire Al Yamamah. Selon le SFO, le principe *ne bis in idem* ferait obstacle à l'ouverture de nouvelles poursuites¹⁴⁹³, le droit anglais ne s'attachant pas au libellé de

¹⁴⁹⁰ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, para. 131.. Pour un résumé de la procédure judiciaire, v. égal., <http://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18470>

¹⁴⁹¹ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, para. 133.

¹⁴⁹² V. Annexe 3.

¹⁴⁹³ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, para. 132.

l'infraction (en l'espèce, violation des obligations comptables prévues par le *FCPA*), mais à l'identité des faits reprochés¹⁴⁹⁴.

Les motifs invoqués par les autorités anglaises appellent plusieurs observations. Premièrement, l'application transnationale du principe *ne bis in idem* peut ici apparaître opportune pour justifier l'inaction des autorités anglaises. Néanmoins, à la différence de la France qui a, de manière pragmatique, admis récemment une solution similaire¹⁴⁹⁵, le principe apparaît établi depuis longtemps au Royaume-Uni, même si les exemples restent rares : « *il semble que le "autrefois plea" ferait obstacle à un second procès en Angleterre et au Pays de Galles à la suite d'un procès antérieur tenu par une juridiction étrangère* »¹⁴⁹⁶. Dans l'hypothèse évoquée ci-dessus où il faudrait dissocier les faits reconnus par l'entreprise (restreints à la Tanzanie) et les faits qui ne pourront plus faire l'objet de poursuites par le SFO (concernant tous les faits antérieurs à 2010), il apparaît contradictoire d'invoquer en même temps l'application transnationale du principe *ne bis in idem* et de conclure le même jour une transaction pénale englobant, sans les nommer, les mêmes faits.

Deuxièmement, il faut relever que les transactions du SFO anglais et du DoJ américain ont été conclues en même temps. Il semble difficile de ne pas y voir une coordination entre les autorités anglaises et américaines qui semble contredire, du moins partiellement, l'impossibilité du SFO de se mêler de l'affaire Al Yamamah. Dès lors, le reproche fait au Royaume-Uni de ne pas avoir vérifié, avant que la question du principe *ne bis in idem* se pose, si les relations diplomatiques avec l'Arabie saoudite n'avaient pas suffisamment évolué pour permettre l'ouverture d'une nouvelle enquête, apparaît fondée¹⁴⁹⁷.

633. Troisièmement, il est possible de relever le recours fréquent du Royaume-Uni aux transactions pénales. En l'espèce, le SFO a fait valoir son incapacité à démontrer l'emploi des sommes litigieuses pour corrompre. Cette difficulté probatoire explique la stratégie du SFO de se rattacher à une autre infraction dont la preuve est plus facile à

¹⁴⁹⁴ V. l'interview du directeur du SFO par un universitaire américain, URL : <https://fr.scribd.com/doc/50759481/A-Conversation-With-Richard-Alderman-Regarding-BAE>.

¹⁴⁹⁵ À ce propos, v. not. A. MIGNON COLOMBET, « Vers une reconnaissance internationale du principe *ne bis in idem* », *JCP E*, n° 36, 3 septembre 2015, pp. 44-47 ; J. LELIEUR, « Créativité judiciaire en faveur des entreprises françaises dans l'affaire Pétrole contre nourriture II », *AJ Pénal*, 2015, pp. 540 et s.

¹⁴⁹⁶ « *At the moment, it seems that the autrefois plea would preclude a second trial in England and Wales after a previous trial in a foreign jurisdiction* ». V. Rapport de la Commission des lois du Parlement du Royaume-Uni, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, 2001, para. 6.9, URL : www.lawcom.gov.uk

¹⁴⁹⁷ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, p. 49.

rapporter : il est reproché à la société d'avoir sciemment tenue une comptabilité imprécise et d'avoir ainsi empêché toute vérification relative à l'utilisation réelle des fonds. Or, la preuve de cette infraction apparaissant moins difficile, l'intérêt de conclure une transaction pénale apparaît également moins évident. De surcroît, la transaction pénale comprend elle-même une forme de pression sur le juge : l'accord précise que la société devra verser à la Tanzanie £ 30 millions moins tout « *financial orders* » prononcé par le tribunal. Aussi, les sanctions financières prononcées par le Tribunal ont mécaniquement pour effet de diminuer la réparation à la Tanzanie. Par ailleurs, la somme destinée à réparer une comptabilité inexacte apparaît élevée. Dès lors, il est possible de comprendre le « désarroi » du juge anglais dans le *sentencing statement* : « *I have no power to vary or set aside the Settlement Agreement [...]. I also cannot sentence for an offence which the prosecution has chosen not to charge [...] it is inexplicable, on the material before me, why the payments to [...] exceeded \$12m ; and even more inexplicable why 97% of the money should have been channelled via Red Diamond, an offshore company controlled by BAE, and paid to Envers, another offshore company. [...] on the basis of the documents shown to me it seems naïve in the extreme to think that [...] was simply a well-paid lobbyist [...]. I have no power in this case to order confiscation or compensation* »¹⁴⁹⁸.

L'adoption du *Bribery Act* pourrait constituer un tournant dans la politique anticorruption menée par le Royaume-Uni. Toutefois, l'absence de considérations politiques dans le secteur de l'armement reste difficile à apprécier. Si l'association Transparency International a ainsi classé, en 2015, le Royaume-Uni comme l'un des rares pays présentant une mise en œuvre satisfaisante de ses engagements internationaux, elle a également relevé qu'une nouvelle enquête relative à un contrat d'armement avec l'Arabie saoudite avait été ouverte, entraînant des inquiétudes sur le respect de l'article 5 de la convention OCDE¹⁴⁹⁹.

634. Indépendance des autorités de poursuite. Les affaires « BAE Systems » susmentionnées permettent de mettre en exergue la nécessité, dans les affaires de corruption, d'assurer une indépendance forte des autorités de poursuite vis-à-vis de l'exécutif.

¹⁴⁹⁸ V. Annexe 4, para. 17.

¹⁴⁹⁹ Rapport de Transparency International, *Exporting corruption - Progress Report 2015 : Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*, 2015, p. 9. Il convient de relever que TI ne donne pas ses sources ; son rapport est fondé sur un « réseau d'experts » et n'est donc pas issu de sources officielles.

Or, les examinateurs des groupes de suivi internationaux ont fait part de leurs inquiétudes à l'encontre de plusieurs États membres comme, par exemple, la Hongrie¹⁵⁰⁰, la République tchèque¹⁵⁰¹, le Portugal¹⁵⁰² et la Pologne¹⁵⁰³.

635. À côté des pressions dont peuvent faire l'objet les autorités de poursuite dans les dossiers de corruption sensibles, il est possible de craindre le détournement de deux autres procédures gouvernées par l'exercice de pouvoirs discrétionnaires : la levée des immunités et celle du secret défense.

II. Le détournement des immunités

636. Définition(s) des immunités. À titre liminaire, il faut relever qu'il n'existe pas de définition unique et commune aux États membres de la notion d'immunité. Compte tenu de la diversité des règles concernées¹⁵⁰⁴, certains auteurs distinguent, par exemple, l'immunité au sens strict¹⁵⁰⁵ et celle au sens large¹⁵⁰⁶ ou encore l'immunité de fond et de forme¹⁵⁰⁷. Toutefois, afin de traiter les risques d'interférences politiques dans les enquêtes de corruption, et compte tenu de la diversité des règles en vigueur au sein des États membres, il semble possible de se rattacher aux deux catégories utilisées par le GRECO

¹⁵⁰⁰ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Hongrie, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Hongrie de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012, para. 55.

¹⁵⁰¹ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la République tchèque, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in the Czech Republic*, Phase 3, mars 2013, para. 96-99.

¹⁵⁰² Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Portugal, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Portugal*, Phase 3, juin 2013, para. 85-92.

¹⁵⁰³ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Pologne, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Poland*, Phase 3, juin 2013.

¹⁵⁰⁴ Certaines immunités peuvent être temporaires ou à vie, concerner les proches ou non, etc.

¹⁵⁰⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 522, v. immunité : « Cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créatrice de ce privilège a pris fin ».

¹⁵⁰⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 522, v. immunité : « En un sens plus large, privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres ; prérogatives reconnues à une personne (not. Étrangère) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun ».

¹⁵⁰⁷ V. E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Lexis Nexis, 2014, pp. 839-842.

dans le cadre de ses évaluations¹⁵⁰⁸ : l'irresponsabilité¹⁵⁰⁹ et l'inviolabilité¹⁵¹⁰. Le risque d'instrumentalisation concerne plus particulièrement la seconde catégorie : même si cette dernière est généralement restreinte¹⁵¹¹, limitée dans le temps et susceptible d'être levée, elle a généralement pour effet de faire obstacle à toute poursuite en matière pénale.

637. Légitimité. Avant de s'intéresser aux détournements possibles, il faut rappeler que les immunités poursuivent un objectif légitime puisqu'elles sont destinées à garantir l'indépendance et la liberté d'expression nécessaires à l'exercice de certaines fonctions et de certains mandats. De surcroît, elles jouent un rôle primordial afin de se prémunir contre le risque élevé de politisation des enquêtes de corruption.

À titre d'exemple, dans l'affaire brésilienne Petrobras¹⁵¹², l'un des juges en charge des investigations a été accusé d'instrumentaliser la lutte contre la corruption pour déstabiliser le pouvoir en place en ne visant spécifiquement que certaines personnes, en fonction de leur affiliation politique¹⁵¹³.

638. Protection. Il n'est donc pas étonnant que la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption¹⁵¹⁴ et la convention des Nations Unies contre la corruption¹⁵¹⁵

¹⁵⁰⁸ Rapport du GRECO, *Leçons tirées des trois cycles d'évaluation (2000-2010)*, pp. 41-49, spéc. p. 44-45. V. sur le site officiel du GRECO, URL : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium_Thematic_Articles_FR.pdf

¹⁵⁰⁹ Le GRECO vise ici l'irresponsabilité dont bénéficient les parlementaires pour les opinions et les votes exprimés au Parlement. Dans la plupart des cas, ils échappent définitivement aux poursuites. Cette irresponsabilité concerne plus exceptionnellement, dans l'exercice de leur mandat ou de leur fonction, les ministres (pour leurs opinions) ou les juges (immunité judiciaire).

¹⁵¹⁰ Le GRECO vise ici la protection accordée aux agents publics l'exercice de leurs fonctions contre les procédures légales comme l'arrestation, la détention et les poursuites voire les enquêtes et l'utilisation de moyens spéciaux d'enquête.

¹⁵¹¹ Cass. Crim., 19 déc. 2012, n° 12-81.043, *Bull. crim.* 2012, n° 285 ; v., C. CUTAJAR, « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France », *AJ Pénal*, 2015, pp. 340 et s. ; M. LENA, « Sondages de l'Élysée : la chambre criminelle ordonne le retour du dossier au juge d'instruction », *Dalloz actualité*, 15 janv. 2013.

¹⁵¹² V. *infra*, n° 639.

¹⁵¹³ L. OUALALOU, « Brésil : derrière la corruption, un "coup d'État à froid" ? », *Mediapart* [En ligne], 21 mars 2016, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/international/210316/bresil-derriere-la-corruption-un-coup-detat-froid>

¹⁵¹⁴ Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, art. 16 : « Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité ».

¹⁵¹⁵ Convention ONU, art. 30§2 : « Chaque État Partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention ».

aient réaffirmé la nécessité d'obtenir la levée des immunités avant d'engager des poursuites pour corruption. Dans le prolongement, il apparaît cohérent de subordonner le mandat d'arrêt européen à la levée des immunités¹⁵¹⁶.

Concernant les fonctionnaires européens, la convention de l'UE du 26 mai 1997 précise que la « présente convention s'applique dans le plein respect des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, des statuts de la Cour de justice, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités »¹⁵¹⁷. Les fonctionnaires européens bénéficient donc pleinement de la protection accordée par le protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne¹⁵¹⁸.

639. Instrumentalisation. Malgré la légitimité de principe évoquée ci-dessus, l'« affaire Petrobras » (ou « Lava-Jato »¹⁵¹⁹), du nom d'une entreprise publique brésilienne d'hydrocarbure impliquée depuis plusieurs années dans un scandale de corruption touchant l'ensemble de la classe politique brésilienne¹⁵²⁰ ainsi que des sociétés étrangères¹⁵²¹, permet d'illustrer, entre autres, les risques d'interférences politiques et le détournement des règles relatives aux immunités. En l'espèce, la Présidente en exercice est soupçonnée d'avoir nommé son prédécesseur à un poste ministériel afin de le soustraire à une enquête relative à des faits de blanchiment et d'usurpation d'identité, voire de corruption. S'il ne s'agit que d'un volet restreint de l'affaire Petrobras, la révélation d'écoutes téléphoniques tendant à renforcer les soupçons d'instrumentalisation

¹⁵¹⁶ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 20, *JOCE* L 190 du 18 juill. 2002, pp. 1-18.

¹⁵¹⁷ Convention de Bruxelles, art. 4§4.

¹⁵¹⁸ Protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne, *JOUE* C 202 du 7 juin 2016, pp. 266-272.

¹⁵¹⁹ Littéralement, « *Karcher* ».

¹⁵²⁰ Par ex., v. P. A. PARANAGUA, « Comprendre le scandale Petrobras qui secoue le Brésil », *Le Monde* [En ligne], 9 sept. 2015, URL : http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2015/03/09/comprendre-le-scandale-petrobras-qui-secoue-le-bresil_4590174_3222.html ; « Brésil/corruption : 12 ans de prison pour un ex-directeur de Petrobras », *Romandie* [En ligne], 1^{er} févr. 2016, URL : <http://www.romandie.com/news/Bresilcorruption--12-ans-de-prison-pour-un-exdirecteur-de/672385.rom> ; « Brésil : demande d'enquête pour corruption sur Lula, Dilma également visée selon les médias », *20 minutes* [En ligne], 4 mai 2016, URL : <http://www.20minutes.fr/monde/1839389-20160504-bresilcorruption-procureur-demande-enqueter-lula-trois-ministres-rousseff>.

¹⁵²¹ « Rolls-Royce accusé d'être impliqué dans le scandale de corruption chez Petrobras », *Romandie* [En ligne], 16 févr. 2015, URL : <http://www.romandie.com/news/RollsRoyce-accuse-detre-implique-dans-le-scandale-de-corruption-chez-Petrobras/566290.rom>

des immunités par la Présidente brésilienne constitue le point de départ d'une nouvelle crise politique majeure au Brésil¹⁵²².

640. Faiblesses des législations européennes. Afin de ne pas faire excessivement obstacle aux enquêtes de corruption, le GRECO a attiré l'attention de certains États membres sur la nécessité de réduire la liste des catégories professionnelles bénéficiant de l'inviolabilité¹⁵²³. Mais, comme le relève le rapport anticorruption de l'UE, la principale faiblesse rencontrée concerne la procédure de levée des immunités : « *Il y a lieu de noter que des obstacles d'ordre procédural peuvent fréquemment entraver les enquêtes sur des affaires de corruption dans certains États membres. Il s'agit, par exemple, de dispositions excessives ou peu claires sur la levée des immunités* »¹⁵²⁴. À titre d'exemple, les décisions du Parlement roumain de lever ou non l'immunité des parlementaires (qui bénéficient de l'immunité en tant qu'ancien Ministre) sont apparues imprévisibles. Il n'existe aucune obligation de motiver le refus d'une levée d'immunité : « *Dans trois affaires récentes en 2012 et 2013, la Chambre des députés a voté contre la levée de l'immunité d'anciens ministres concernant des enquêtes pénales sur des soupçons de corruption, crimes économiques et fraude électorale* »¹⁵²⁵. De la même manière, les enquêtes grecques sur des dossiers sensibles de corruption ont été sérieusement ralenties par le régime complexe des immunités bénéficiant aux Ministres et aux anciens Ministres¹⁵²⁶.

Il faut également relever les conséquences de l'immunité sur d'autres aspects des enquêtes de corruption. Ainsi, de nombreux États membres estiment que l'immunité n'est pas une cause de suspension de la prescription¹⁵²⁷. Compte tenu, de l'allongement conséquent de la durée des enquêtes, les personnes bénéficiant des immunités peuvent ainsi échapper à toute sanction notamment dans les États membres qui connaissent une durée de prescription absolue. Enfin, la levée des immunités a pu rendre difficile la

¹⁵²² « Au Brésil, Lula ne pourra finalement pas entrer au gouvernement », *Challenges* [En ligne], 19 mars 2016, URL : <http://www.challenges.fr/monde/ameriques/20160319.CHA6491/au-bresil-lula-ne-pourra-finalement-pas-entrer-au-gouvernement.html>

¹⁵²³ Rapport du GRECO, *Leçons tirées des trois cycles d'évaluation (2000-2010)*, pp. 41-49, spéc. p. 47.

¹⁵²⁴ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 18.

¹⁵²⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 23 sur la Roumanie, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 8.

¹⁵²⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 8 sur la Grèce, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 9.

¹⁵²⁷ Il s'agit not. de la Bulgarie, du Danemark de l'Estonie, de la Finlande, de l'Italie, de la Lituanie, de Malte, des Pays-Bas, de la Roumanie et de l'Espagne. Rapport de Transparency International, *Timed out : Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010, p. 34

coopération entre plusieurs États membres, y compris lorsque la coopération est exercée dans le cadre d'Eurojust¹⁵²⁸.

641. Institutions européennes. Les institutions européennes ne sont pas exemptes des difficultés liées au pouvoir discrétionnaire décidant de la levée d'une immunité. L'« affaire Dalli » est particulièrement intéressante, car elle modifie la perspective adoptée jusqu'à présent : la décision récente de lever l'immunité accordée au directeur-général de l'Office européen antifraude (ci-après, « OLAF ») peut s'analyser à la fois comme nécessaire pour contrôler la politisation des enquêtes d'atteinte à la probité et comme une atteinte à l'indépendance des enquêteurs spécialisés.

En l'espèce, une enquête de l'OLAF a entraîné la démission du Commissaire européen à la santé soupçonné d'avoir commis des actes de trafic d'influence au bénéfice de l'industrie du tabac¹⁵²⁹. L'ancien Commissaire a alors déposé plainte auprès de la justice belge contre une entreprise de tabac suédoise. Dans le cadre de son enquête, la justice belge a sollicité auprès de la Commission européenne, et obtenu en mars 2016, la levée de l'immunité du directeur-général de l'OLAF afin de vérifier si des méthodes d'enquête interdites avaient été mises en œuvre en Belgique.

Or, même si l'OLAF est intégré administrativement et budgétairement à la Commission européenne, son directeur-général est, en principe, indépendant en ce qui concerne l'ouverture et l'exécution des enquêtes¹⁵³⁰. Aussi, s'il apparaît légitime de vérifier la légalité des enquêtes administratives d'un organe européen, il est difficile de ne pas voir dans la décision qui revient à la Commission européenne une atteinte à l'indépendance du directeur-général précité. Par conséquent, il apparaît ici fondamental

¹⁵²⁸ Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Belgique, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, oct. 2013, p. 12. V. l'« affaire UE des marchés informatiques » relative à des pots-de-vin versés à des fonctionnaires européens entre 2000 et 2005 : « La coopération entre les autorités répressives des différents pays s'exerce dans le cadre d'Eurojust, avec parfois des difficultés de coopération entre pays, notamment pour des raisons de levée d'immunités ».

¹⁵²⁹ J.-P. STROOBANTS, « À Bruxelles, l'affaire Dalli rebondit et éclabousse un haut fonctionnaire », *Le Monde* [En ligne], 11 mars 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/03/11/a-bruxelles-l-affaire-dalli-rebondit-et-eclabousse-un-haut-fonctionnaire_4881505_3214.html

¹⁵³⁰ V. *infra*, n° 778.

que l'OLAF saisisse, comme elle l'avait annoncé¹⁵³¹, la Cour de Justice de l'Union européenne, conformément à l'article 17 paragraphe 3 du règlement 883/2013¹⁵³².

III. La protection des intérêts économiques nationaux sous couvert du secret-défense

642. La volonté de protéger des intérêts économiques nationaux a également pu conduire au détournement du secret défense afin de faire obstacle aux enquêtes de corruption en cours¹⁵³³. Si la crainte liée au secret défense n'est pas limitée à la France¹⁵³⁴, Cette critique a notamment été émise à l'encontre de la France dans l'affaire des « Frégates de Taïwan ».

643. Malgré le retentissement important et les conséquences non négligeables de l'affaire des « Frégates de Taïwan »¹⁵³⁵, la France a maintenu, dans sa réforme de 2009¹⁵³⁶, une procédure opaque où le juge judiciaire est soumis au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif lors de la procédure de « déclassification ». Une Commission consultative du secret de la défense nationale, autorité administrative indépendante, est obligatoirement consultée, mais elle ne rend qu'un avis consultatif qui ne lie pas le Ministre : *« L'intervention de la commission n'a donc qu'une valeur symbolique et ne change*

¹⁵³¹ « Affaire Dalli: l'immunité diplomatique du chef de l'Olaf a été levée », *RTBF* [En ligne], 10 mars 2016, URL : http://www.rtf.be/info/belgique/detail_affaire-dalli-l-immunite-diplomatique-du-chef-de-l-olaf-a-ete-levee?id=9236080

¹⁵³² 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, *JOUE* L 248 du 18 sept. 2013, pp. 1-22.

¹⁵³³ U. CASSANI, « La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ? », in U. CASSANI, A. HERITIER LACHAT (dir.), *Lutte contre la corruption internationale - The never ending story*, éd. Schulthess, Genève, 2011, p. 42.

¹⁵³⁴ Le Ministre de la défense hongrois a ainsi décidé de classer secret défense, jusqu'en 2044, toute information relative au passage d'avions de chasse lors de l'inauguration d'un nouveau stade, mais uniquement après avoir reçu des questions sur le coût d'une telle parade. V. M. LIGETI, G. MUCSI, « Opening the door to corruption in Hungary's sport financing », in Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report : sport*, éd. Routledge, New York, 2016, p. 84.

¹⁵³⁵ V., par ex., T. CRAMPTON, « France facing big bill in Taiwan frigate deal », *The New York Times* [En ligne], 30 janv. 2004, URL : http://www.nytimes.com/2004/01/30/news/france-facing-big-bill-in-taiwan-frigate-deal.html?_r=0.

¹⁵³⁶ L. n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, *JORF*, 31 juill. 2009, p. 12713.

quasiment rien à la pratique ancienne de la demande adressée directement à l'administration concernée, qui pouvait librement l'accepter ou la rejeter »¹⁵³⁷.

Pourtant, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé cette procédure conforme à la Constitution notamment en raison des garanties d'indépendance de la Commission consultative susmentionnée¹⁵³⁸. En effet, il a estimé qu'il n'existait aucun déséquilibre entre le principe de séparation des pouvoirs¹⁵³⁹ et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation¹⁵⁴⁰.

644. Aussi, certains enquêteurs continuent de voir dans le secret défense un obstacle majeur aux enquêtes de corruption : *« le nœud du problème est celui de la mainlevée de la protection documentaire lorsqu'elle est sollicitée par un juge d'instruction dans le cadre d'une information portant sur une opération commerciale qui repose sur un processus corruptif. La procédure de déclassification par l'autorité ministérielle qui a décidé de la classification, après un avis simple de la Commission consultative du secret de la défense nationale, mériterait à l'évidence d'être repensée, même si le Conseil constitutionnel l'a jugée conforme à la Constitution dans sa décision n° 2011-192 QPC »*¹⁵⁴¹. Ces difficultés ont d'ailleurs conduit le groupe de travail de l'OCDE à analyser attentivement la procédure française et à faire part publiquement de leur inquiétude : « Les examinateurs notent que la mise en œuvre du secret défense comporte des risques importants de prise en compte d'éléments interdits par l'Article 5 de la Convention et plus généralement le risque de faire obstacle aux enquêtes et poursuites pour faits de corruption transnationale, en particulier dans un domaine aussi sensible que celui de la défense ».

645. La crédibilité de la France dans la lutte contre la corruption transnationale risque d'être particulièrement amoindrie par le recours fréquent au secret défense dans les affaires relatives à des contrats d'armements. Ainsi, dans l'affaire en cours dite « Kazakhgate » concernant la vente d'hélicoptères par une société française au

¹⁵³⁷ V. A. VITU, F. ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation », *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, juillet 2015, n° 92.

¹⁵³⁸ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Rec. p. 528, *JORF*, 11 nov. 2011, p. 19005.

¹⁵³⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 16."

¹⁵⁴⁰ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, para. 22.

¹⁵⁴¹ C. DUFAU, H. ROBERT, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2013, pp. 74 et s.

Kazakhstan¹⁵⁴², les juges d'instruction se sont heurtés au secret défense couvrant certains documents¹⁵⁴³. Par ailleurs, la Commission consultative a rendu, le 18 février 2016, un avis défavorable concernant la levée du secret défense à la demande d'un juge d'instruction dans le cadre d'une information portant notamment sur des soupçons de corruption passive d'une personne exerçant une fonction publique, corruption active par un particulier sur une personne chargée d'une fonction publique et corruption active d'agents publics étrangers¹⁵⁴⁴.

Si les lois destinées à la prévention et à la répression de la corruption n'apparaissent pas comme le cadre idéal pour engager une réforme générale du secret défense, les affaires transnationales de corruption mettent régulièrement en exergue la nécessité d'une nouvelle réflexion du législateur. Aussi, il peut apparaître surprenant que le rapport anticorruption de l'UE se contente d'évoquer l'évaluation de l'OCDE expliquant les difficultés françaises¹⁵⁴⁵, mais n'émette aucune recommandation en la matière.

¹⁵⁴² Y. PHILIPPIN, « Kazakhgate : les juges sur la piste d'une commission occulte de 12 millions d'euros », *Mediapart* [En ligne], 7 septembre 2015, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/france/070915/kazakhgate-les-juges-sur-la-piste-dune-commission-occulte-de-12-millions-deuros?onglet=full>

¹⁵⁴³ K. LASKE, G. LE GUILCHER, G. LIVOLSI, « Affaire kazakhe : la justice piste les archives du conseil de Sarkozy », *Mediapart* [En ligne], 22 octobre 2014, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/france/171014/affaire-kazakhe-la-justice-piste-des-archives-du-conseiller-de-sarkozy?onglet=full>

¹⁵⁴⁴ Avis n° 2016-02 du 18 février 2016, *JORF* du 3 mars 2016, texte n° 126. Compte tenu des faibles indications contenues dans l'avis précité, il n'est pas possible de le relier avec certitude à l'« affaire Kazakhgate ». Il est par ailleurs possible de relever l'absence totale de motivation de la décision rendue par la Commission consultative.

¹⁵⁴⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 10 sur la France, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 8.

TITRE II

-

DE LA COOPERATION A L'INTEGRATION : VERS UNE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION SUPRANATIONALE ?

646. Alors que la transposition des engagements internationaux est parfois insatisfaisante et que la mise en œuvre des instruments relatifs à la lutte contre la corruption continue d'être inégale, l'Union européenne maintient, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, une logique intergouvernementale. Cette stratégie se matérialise par le renforcement des processus d'évaluation et notamment l'adoption d'un rapport anticorruption de l'Union européenne. Or, sa capacité à influencer l'action étatique en matière répressive par le biais du droit souple reste incertaine et démontre une réticence à recourir à l'ensemble des possibilités offertes par le Traité de Lisbonne (Chapitre I). Toutefois, il est possible de voir dans les réformes structurelles de ses organes destinés à améliorer la coopération judiciaire et la détection des infractions pénales, et notamment de l'Office européen de lutte antifraude (Chapitre II), une évolution vers une lutte contre la corruption supranationale.

La stratégie définie par la Commission en 2011 a tendance à réduire l'Union européenne à un simple rôle de support des actions étatiques et s'aligne ainsi avec le rôle déjà dévolu aux groupes de suivi internationaux. L'évolution attendue vers une lutte contre la corruption supranationale, sous l'égide d'un procureur européen, justifiera sûrement une nouvelle réflexion sur les sources de l'Union européenne et l'adoption d'une directive anticorruption.

CHAPITRE I – L'émergence d'un droit anticorruption souple : entre complémentarité et mimétisme

647. Piliers du paquet anticorruption. Le paquet anticorruption de la Commission européenne repose sur quatre piliers essentiellement tournés vers la mise en œuvre d'outils d'évaluation. Il est ainsi formé de la communication sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne¹⁵⁴⁶, du second rapport de conformité de la décision-cadre du 22 juillet 2003¹⁵⁴⁷, du rapport sur les modalités de participation de l'UE au GRECO¹⁵⁴⁸ et de la décision instituant un mécanisme de suivi en matière de lutte contre la corruption¹⁵⁴⁹. L'objectif d'évaluation mis en avant est non seulement légitime, la Commission européenne étant gardienne des traités¹⁵⁵⁰, mais il répond également aux orientations du Conseil européen fixées par le programme de Stockholm¹⁵⁵¹.

Toutefois, l'objectif de la Commission européenne n'est pas la saisine de la CJUE en cas de manquement. En effet, elle recourt désormais au droit souple afin d'influencer les législations européennes à travers l'émission de recommandations dont le respect est facultatif. Or, le nouveau mécanisme d'évaluation générale se démarque peu et reste étroitement lié aux autres suivis internationaux (Section I). En outre, le rapport anticorruption de l'UE se substitue à toute rationalisation du cadre juridique et à une action d'harmonisation du droit pénal substantiel. Aussi, afin de stimuler la volonté politique des États membres, une nouvelle stratégie recentrée sur une intégration au sein de l'UE de la lutte contre la corruption doit être définie (Section II).

¹⁵⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final.

¹⁵⁴⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final.

¹⁵⁴⁸ Rapport de la Commission au Conseil sur les modalités de participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO), 6 juin 2011, COM(2011) 307 final.

¹⁵⁴⁹ Décision de la Commission du 6 juin 2011 instituant un mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique (« rapport anticorruption de l'UE »), C(2011) 3673 final.

¹⁵⁵⁰ V. not. TFUE (Lisbonne), art. 258.

¹⁵⁵¹ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE C* 115 du 4 mai 2010, pp. 1-38, spéc. p. 23.

Section I. La multiplication des suivis pesant sur les États membres

648. L'internationalisation de la lutte contre la corruption sous l'égide de différentes organisations internationales, en fonction du but poursuivi et du champ d'application géographique, a conduit à la multiplication, voire à la superposition, des mécanismes d'évaluation, chaque instrument adoptant sa propre méthodologie de suivi. Or, après une forte période de réformes législatives, les carences persistantes dans la transposition des engagements internationaux et la mise en œuvre insatisfaisante des nouveaux cadres juridiques internes¹⁵⁵² tendent à démontrer l'affaiblissement de l'influence des groupes de suivi internationaux et l'insuffisance des mécanismes classiques d'évaluation (I). La Commission européenne entend y remédier et stimuler la volonté politique des États membres par l'émission régulière d'un nouveau rapport anticorruption, dont la plus-value reste pour le moment incertaine (II).

I. Les insuffisances des mécanismes classiques

649. Dépourvue de pouvoirs d'évaluation étendus dans le cadre du troisième pilier, le rôle de la Commission européenne s'est pendant longtemps résumé à l'émission de rapports de conformité à la portée extrêmement restreinte (A). Les mécanismes d'évaluation des autres conventions internationales se sont avérés beaucoup plus efficaces, mais connaissent chacun des lacunes difficiles à dépasser (B).

A. L'évaluation de la Commission : les rapports de conformité

650. Si, à partir de 2003, l'élaboration d'un rapport anticorruption propre à l'UE se heurte à la nécessité de coordonner l'ensemble des actions internationales¹⁵⁵³, cet obstacle n'existe pas au moment de l'adoption du premier protocole et de la convention de Bruxelles. La rareté des rapports d'évaluation résulte essentiellement d'une Europe pénale en construction. Ainsi, sous le traité de Maastricht, la Commission européenne ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative¹⁵⁵⁴ et d'aucune compétence générale afin d'évaluer les

¹⁵⁵² V. *supra*, n^{os} 545. et s.

¹⁵⁵³ V. *infra*, n^o 667.

¹⁵⁵⁴ TUE (Maastricht), art. K. 3, paragraphe 2.

instruments d'harmonisation du droit pénal substantiel. En 1997, dans sa première communication, qui pose les bases d'une politique globale contre la corruption, elle ne mentionne pas la nécessité d'un suivi et invite seulement les États membres à « *s'engager à ratifier et mettre en œuvre le Premier protocole avant la mi-1998* »¹⁵⁵⁵.

651. La lenteur des ratifications de la convention PIF et de ses protocoles pousse cependant la Commission à revoir sa stratégie, en proposant une première directive PIF en 2001 et en émettant deux rapports sur la mise en œuvre des instruments précités en 2004¹⁵⁵⁶ et 2008¹⁵⁵⁷. Par ailleurs, à partir du traité d'Amsterdam, la Commission dispose d'un pouvoir d'initiative¹⁵⁵⁸ et les décisions-cadres généralisent le suivi des transpositions. Il est possible d'y voir une conséquence du sommet de Tampere qui place la reconnaissance mutuelle au cœur de la coopération judiciaire : la confiance des États membres dans leurs droits internes respectifs est alors essentielle. Aussi, la Commission réalise deux rapports, en 2007¹⁵⁵⁹ et 2011¹⁵⁶⁰, afin de suivre la mise en œuvre de la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé.

652. Les quatre rapports susmentionnés ont pour caractéristique commune d'être limités à l'étude de la conformité des transpositions, c'est-à-dire à l'incrimination en droit interne des comportements prohibés par les instruments de l'UE. En outre, ils s'avèrent souvent incomplets ou approximatifs. Deux facteurs permettent d'expliquer une telle restriction. D'une part, le contenu de l'évaluation est dépendant de la base juridique choisie (1). D'autre part, la volonté politique inégale des États membres et la prudence parfois excessive de la Commission dans un domaine jugé sensible ont contribué de manière importante à affaiblir l'intérêt de ces suivis (2).

¹⁵⁵⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique anticorruption de l'Union, 21 mai 1997, COM(97) 192 final, para. 25.

¹⁵⁵⁶ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final.

¹⁵⁵⁷ Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, COM(2008) 77 final, 14 février 2008.

¹⁵⁵⁸ TUE (Amsterdam), art. 34§2.

¹⁵⁵⁹ Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final.

¹⁵⁶⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final.

1. Des évaluations sectorielles

653. La compétence de la Commission en matière d'évaluation nécessite une appréciation casuistique des instruments adoptés dans le cadre du troisième pilier : le morcellement du cadre juridique a entraîné un morcellement des évaluations sectorielles. Ainsi, la convention de Bruxelles du 26 mai 1997 fait partie des instruments qui ne bénéficient d'aucune possibilité de suivi puisqu'elle ne prévoit qu'une notification de l'accomplissement des procédures requises pour son adoption¹⁵⁶¹. Il s'agit du seul instrument international relatif à la répression de la corruption à n'avoir fait l'objet d'aucune évaluation. Toutefois, à défaut de suivi spécifique, une surveillance indirecte a pu être réalisée à travers les rapports relatifs à la protection des intérêts financiers, compte tenu de la proximité entre la convention et le premier protocole du 27 septembre 1996.

654. Plusieurs instruments prévoient une obligation de communiquer les mesures adoptées pour transposer leurs dispositions au Secrétariat général du Conseil, mais exigent rarement une évaluation de manière formelle¹⁵⁶². Le premier protocole PIF de 1996, par le biais d'un renvoi, adopte une articulation légèrement différente en imposant une communication au profit de la Commission européenne, et une définition par le Conseil du contenu et des modalités de transmission aux États membres (directement ou par l'intermédiaire de la Commission) afin d'assurer son application. Ainsi, l'article 10 de la convention PIF stipule :

« 1. Les États membres communiquent à la Commission des Communautés européennes le texte des dispositions transposant dans leur droit interne les obligations qui leur incombent en vertu des dispositions de la présente convention.

2. Aux fins de l'application de la présente convention, les hautes parties contractantes définissent au sein du Conseil de l'Union européenne les informations qui doivent être communiquées ou échangées entre les États membres ou entre eux et la Commission, et les modalités de leur transmission »¹⁵⁶³.

¹⁵⁶¹ Convention de Bruxelles, art. 13§2.

¹⁵⁶² S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH, « L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne », in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Études européennes, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, pp. 75-97, spéc. p. 77.

¹⁵⁶³ Nous soulignons.

655. La mise en place d'un mécanisme d'évaluation résulte donc, juridiquement, d'une interprétation large de l'article 10 susmentionné et, matériellement, d'une décision opportuniste de la Commission qui doit recevoir les textes de transpositions et qui, dans le cas contraire, aurait probablement rencontré des difficultés pour se les procurer. L'attitude proactive de cette dernière peut être liée aux objectifs affichés dans le rapport de 2004 : elle répond à la nécessité de faire « *circuler les informations reçues* » et, en cas de transposition insatisfaisante, une saisine de la Cour de Justice est envisagée¹⁵⁶⁴.

Outre le fait qu'une évaluation publiée au Journal Officiel n'apparaît pas nécessaire pour atteindre ces objectifs, les arguments avancés ne sont pas entièrement convaincants. Tout d'abord, le Conseil n'a jamais défini les modalités de transmission, ce qui, aux termes de l'article 10 précité, constitue un préalable nécessaire. De plus, malgré les nombreuses lacunes relevées, la Commission n'a jamais saisi la Cour de Justice dans le cadre d'une procédure de règlement des différends.

Un troisième objectif est mis en exergue et apparaît ici central : la Commission place son action dans le prolongement des compétences qu'elle tire du pilier communautaire et notamment de l'article 280 TCE relatif à la protection des intérêts financiers. Or, en 2001, une proposition de directive PIF a été transmise au Parlement européen et au Conseil, ce dernier s'opposant à toute compétence pénale dans le cadre du premier pilier. L'évaluation des droits internes participe donc d'une stratégie plus large de la Commission visant à attirer dans le pilier communautaire les matières relevant du droit pénal substantiel en démontrant les efforts insuffisants des États membres lorsque l'action est placée sous le troisième pilier¹⁵⁶⁵. Ainsi, en 2002, dans son rapport annuel sur la protection des intérêts financiers, la Commission annonce déjà : « *La Commission devrait à présent examiner la manière dont les États membres se sont conformés à leur obligation en matière de pénalisation de la fraude et de la corruption (ainsi que du blanchiment de capitaux après ratification du second protocole), et à présenter le résultat de cette analyse [...]. Au regard de l'urgence qu'il y a à donner son plein effet à la coopération [...] la Commission maintient en tout état de cause sa proposition de directive [...]. La proposition de*

¹⁵⁶⁴ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final, p. 3.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 2 : « Le fait d'identifier les lacunes qui subsistent dans la mise en œuvre desdits instruments devrait aider à faire avancer le processus législatif dans lequel est engagée la proposition de directive ou bien, le cas échéant, inciter à recourir aux procédures de règlement des différends prévues par ces instruments ».

directive qui bénéficie du soutien du Parlement européen et de la Cour des Comptes, permettrait en outre, une fois adoptée, à la Communauté, d'exercer ses responsabilités en matière de contrôle »¹⁵⁶⁶.

656. Corruption dans le secteur privé. L'évaluation des efforts entrepris pour incriminer la corruption dans le secteur privé a systématiquement été confiée au Conseil de l'UE, mais n'a finalement été réalisée que par la Commission.

Ainsi, l'action commune du 22 décembre 1998 demande au Conseil de suivre les transpositions sur la base des informations transmises par chaque État membre¹⁵⁶⁷. Toutefois, aucun contrôle n'a été réalisé puisque le préambule de la décision-cadre du 22 juillet 2003 précise : « *un rapport sur la transposition en droit national de ladite action commune par les États membres n'est pas encore disponible* »¹⁵⁶⁸.

657. Adoptée après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la décision-cadre susmentionnée prévoit également la réalisation d'un suivi par le Conseil, limité à la conformité et devant être réalisé trois mois après la fin du délai de transposition :

« 1. *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre avant le 22 juillet 2005.*

2. *Les États membres communiquent à la même date au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant de la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport écrit de la Commission, le Conseil vérifie, avant le 22 octobre 2005 dans quelle mesure les États membres se sont conformés à la présente décision-cadre* »¹⁵⁶⁹.

Comme dans la plupart des décisions-cadres adoptées à la même époque¹⁵⁷⁰, un rapport préalable est demandé à la Commission pour permettre au Conseil de se

¹⁵⁶⁶ Rapport de la Commission, *Protection des intérêts financiers des Communautés et lutte contre la fraude*, 4 déc. 2003, COM(2003) 445 final/2, para. 4.1.1.

¹⁵⁶⁷ Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, art. 8, JOCE L 358 du 31 déc. 1998, pp. 2-4.

¹⁵⁶⁸ Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JOUE L 192 du 31 juill. 2003, pp. 54-56, Préambule, cons. 4.

¹⁵⁶⁹ Nous soulignons.

¹⁵⁷⁰ S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH, « L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne », in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal*

prononcer. Or, le premier rapport en la matière n'a été réalisé par la Commission qu'en 2007 et, une nouvelle fois, le Conseil n'a jamais procédé à une quelconque évaluation¹⁵⁷¹.

658. Malgré le morcellement des évaluations, tous les rapports présentent de nombreuses similitudes. Premièrement, la même méthodologie que celle adoptée dans le rapport sur la décision-cadre relative à la protection contre le faux monnayage est utilisée : *« certains critères généraux élaborés à des fins analogues pour les directives doivent être appliqués mutatis mutandis aux décisions-cadres. Il s'agit plus précisément des critères suivants : la forme et les moyens de la transposition [...] des dispositions internes ayant un caractère contraignant [...] l'existence de principes généraux [...] pour autant que ces principes garantissent effectivement la pleine application de la directive et créent une situation juridique suffisamment précise et claire ; les directives doivent être mises en œuvre dans le délai qu'elles fixent »*¹⁵⁷².

Deuxièmement, la Commission ne disposant pas de la compétence nécessaire pour effectuer un recours en manquement devant la Cour de Justice, elle estime qu'une évaluation factuelle, limitée à la conformité, est suffisante¹⁵⁷³. En tout état de cause, elle pouvait difficilement aller au-delà compte tenu de la base juridique disponible et des informations en sa possession. Néanmoins, des réserves peuvent être émises sur cette approche légaliste, également retenue, dans une moindre mesure, pour le troisième cycle d'évaluation du GRECO, et sévèrement critiquée par l'auteur de la synthèse thématique : *« Premièrement, on peut à bon droit déduire des obligations de ces instruments une obligation que les dispositions légales des parties contractantes à une convention assurent une conformité "effective" faute de quoi les buts de ces instruments seraient difficiles à atteindre. Deuxièmement, les États membres ne sont pas obligés d'adopter la terminologie exacte [...] lorsqu'ils entreprennent le processus de ratification. Dans une évaluation des droits nationaux par rapport aux normes de ces instruments, la mesure dans laquelle ces droits se révèlent efficaces en pratique est donc l'un des critères qui détermineront la portée de la conformité. L'absence d'affaires est donc un facteur*

européen ?, coll. Études européennes, éd. Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp. 75-97., spéc. pp. 76-79.

¹⁵⁷¹ À ce propos, v. *supra*, n° 281.

¹⁵⁷² Rapport de la Commission fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, 13 déc. 2001, COM(2001) 771 final, para. 1.2.2.

¹⁵⁷³ Par ex., v. Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final, p. 5.

légitime à prendre en compte »¹⁵⁷⁴. Les rapports de conformité sont exempts du dernier reproche formulé par le même auteur : ils n'ont pas pour objet d'aider à définir le degré d'efficacité des obligations afin d'étayer les futurs développements de la coopération.

Troisièmement, les rapports ont le même objectif d'inciter les États membres à se mettre en conformité avec leurs engagements européens. Il ne s'agit pas de favoriser un apprentissage mutuel des bonnes pratiques ou de s'assurer que les moyens suffisants sont alloués à la mise en œuvre de la lutte contre la corruption. Par conséquent, les rapports de conformité ne sont pas périodiques, ce qui les différencie non seulement du nouveau rapport anticorruption de l'UE, mais également de tous les autres mécanismes internationaux d'évaluation mutuelle (OCDE, GRECO, UNCAC). L'intérêt du rapport s'épuise dès qu'un État membre est jugé formellement conforme. À titre d'exemple, le Danemark et la Lituanie n'ayant transmis aucune nouvelle information pour le second rapport sur la corruption dans le secteur privé, les évaluations sont « *les mêmes que celles figurant dans le rapport de 2007* »¹⁵⁷⁵. Aussi, l'adoption de plusieurs rapports dans chaque domaine résulte soit de transpositions insatisfaisantes soit de la nécessité d'évaluer le respect de l'acquis communautaire par de nouveaux États membres.

659. D'autres faiblesses affectent les rapports de conformité, mais elles résultent moins de la base légale choisie que de la réticence active des États membres. Dès lors, l'articulation des rapports de conformité avec le nouveau mécanisme général de surveillance de l'UE doit être définie.

2. La réticence des États membres

660. La légitimité de la Commission à contrôler la transposition des instruments du troisième pilier étant faible, certains États membres ont refusé de se soumettre à son évaluation. Ainsi, en 2008, lors de la préparation du second rapport sur la mise en œuvre de la convention PIF, les États membres lui ont ouvertement demandé d'avoir « *une plus grande confiance en eux en ce qui concerne les principes généraux de leur droit pénal national, puisqu'il revient aux États membres de déterminer la manière de transposer les*

¹⁵⁷⁴ R. MACAULEY, *Combattre la corruption – Incriminations, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO*, para. 63.

¹⁵⁷⁵ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final, p. 3.

instruments PIF, et à leurs juges, dans le cadre de l'interprétation du droit interne, de tenir compte de la législation européenne »¹⁵⁷⁶.

Or, la qualité du suivi reste dépendante de la qualité des informations transmises¹⁵⁷⁷. Les États réticents n'ayant transmis aucune information à la Commission européenne¹⁵⁷⁸, tous les rapports sont incomplets. Parmi les États membres qui ont accepté d'aviser la Commission, plusieurs ont transmis des informations lacunaires ou n'ont pas accompagné leurs explications des textes pertinents¹⁵⁷⁹. Enfin, l'élaboration des rapports a accusé des retards en raison de communications tardives¹⁵⁸⁰.

661. De surcroît, le Conseil n'a exercé aucun des suivis qui lui incombait. Il n'a pas déterminé les modalités de transmission dans le cadre de la convention PIF, et il n'a pas procédé aux évaluations convenues dans l'action commune et la décision-cadre sur la corruption dans le secteur privé, malgré la réception du rapport écrit de la Commission¹⁵⁸¹.

Par ailleurs, ignorant les avertissements de la Commission¹⁵⁸², le Conseil n'a pas réévalué certaines réserves autorisées par la décision-cadre du 22 juillet 2003, empêchant *de facto* toute réitération de celles-ci¹⁵⁸³.

662. Il résulte de ce qui précède que les rapports de conformité ne permettent pas de dresser un tableau satisfaisant des transpositions. Face à la résistance de certains États membres, la Commission s'est montrée particulièrement prudente. Aussi, même si une étude centrée sur la conformité restreint la portée de l'évaluation envisageable, il est

¹⁵⁷⁶ Commission staff working paper, *Annex to the second Report from the Commission - Implementation of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests and its protocols - Article 10 of the Convention*, 14 févr. 2008, SEC(2008) 0188 final : « *In the discussions Member States asked the Commission to have more trust in them insofar as application of the general principles of national criminal law are concerned, since it is up to the Member States to see how to implement the PFI instruments, as it is up to their judges, when interpreting national legislation, to take due account of European legislation* ».

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁷⁸ Par ex., l'Espagne, dans le cadre des évaluations relatives à la corruption dans le secteur privé, n'avait toujours transmis aucune information en 2011 ; v. COM(2011) 309 final, p. 3.

¹⁵⁷⁹ Plus de seize États membres n'ont pas transmis suffisamment d'information pour l'élaboration du second rapport sur la convention PIF (et ses protocoles) et ont été invités par la Commission à y remédier ; v. COM(2008) 77 final, pp. 5 et 8.

¹⁵⁸⁰ Par ex., COM(2011) 309 final, p. 3.

¹⁵⁸¹ Note de transmission du Conseil, 12 sept. 2007, Doc. n° 12025/1/07 REV 1.

¹⁵⁸² COM(2007) 328, p. 7.

¹⁵⁸³ Décision-cadre 2003/568/JAI, art. 2§5 : « En temps utile avant le 22 juillet 2010, le Conseil réexamine le présent article en vue de déterminer si des déclarations faites au titre du paragraphe 3 peuvent être renouvelées ».

possible de regretter que les rapports publiés ne permettent pas d'accomplir la triple fonction de contrôle (des États membres), orientation (de la législation) et pédagogie (confiance mutuelle)¹⁵⁸⁴.

S'agissant du contrôle, la Commission avait la possibilité de saisir la Cour de Justice dans l'hypothèse où elle n'était pas satisfaite de la communication des États membres. En effet, l'article 8, paragraphe 2 de la convention PIF stipule expressément que tout différend relatif aux articles 1^{er} (dispositions générales) ou 10 (Communication) entre un État membre et la Commission européenne, qui n'a pu être réglé par voie de négociation, peut être soumis à la Cour de Justice. Aussi, elle disposait, dès l'origine, des attributions nécessaires pour contraindre les États membres à lui transmettre les informations demandées¹⁵⁸⁵. Dans le prolongement, elle n'a jamais saisi la Cour de Justice dans le cadre de la procédure de règlement des différends ou, depuis le 1^{er} décembre 2014, d'un recours en manquement¹⁵⁸⁶, malgré les nombreuses lacunes constatées.

En ce qui concerne l'orientation, la Commission dispose d'un pouvoir d'initiative depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam¹⁵⁸⁷. Celui-ci n'a pourtant été utilisé qu'en 2001, soit avant toute évaluation, afin de proposer l'établissement d'une directive PIF. Quant au rapport sur la corruption dans le secteur privé, qui est le seul postérieur au traité de Lisbonne, il n'évoque pas l'éventualité d'une nouvelle proposition législative. Paradoxalement, une telle perspective n'est mentionnée que dans la communication relative à une lutte contre la corruption globale, publiée le même jour : « *Selon l'état d'avancement de la transposition, la Commission envisagera de proposer une directive pour remplacer la décision-cadre* »¹⁵⁸⁸. Trois ans plus tard, la Commission se contente de mentionner la qualité inégale des transpositions (sans avoir procédé à une nouvelle évaluation) et souligne qu'elle ne dispose d'aucune information sur le contrôle de l'application des dispositions nationales¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁴ G. DE KERCHOVE, « Introduction », in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), coll. Études européennes, éd. Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 13-17, spéc. pp. 13-14.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, v. Rapport explicatif de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, 26 mai 1997, *JOCE* C 191 du 23 juin 1997, pp. 1-10, spéc. p. 9.

¹⁵⁸⁶ TFUE, art. 258.

¹⁵⁸⁷ TUE (Amsterdam), art. 34§2 ; TFUE (Lisbonne), art. 83.

¹⁵⁸⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final, para. 3.1.

¹⁵⁸⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 15.

Enfin, si les rapports permettent de donner l'assurance du respect formel des engagements internationaux, ils ne sont pas conçus comme des outils destinés à renforcer la confiance mutuelle. Il n'existe pas d'évaluation approfondie de la législation et de la jurisprudence permettant de dissiper les malentendus ou encore de partage des bonnes pratiques pour favoriser la mise en œuvre. Les recommandations finales se limitent souvent à demander une mise en conformité et une transmission du texte pertinent à la Commission.

663. Le nouveau rapport anticorruption de l'Union européenne¹⁵⁹⁰ n'a pas vocation à se substituer à ces contrôles de conformité. Toutefois, il convient de distinguer, dans un futur proche, le sort des évaluations relatives à la corruption dans le secteur privé et de celles relatives à la protection des intérêts financiers.

En ce qui concerne la décision-cadre du 22 juillet 2003, la Commission européenne considère que le second rapport de conformité fait partie du « paquet anticorruption » : il a donc été adopté le 6 juin 2011, soit le même jour que la communication sur « la lutte contre la corruption dans l'Union européenne » et que la décision instituant le rapport anticorruption de l'UE. En outre, le groupe d'experts sur la corruption a été informé de l'ouverture d'une nouvelle période d'évaluation en 2016 qui pourrait conduire à des procédures d'infraction¹⁵⁹¹. Si, jusqu'à présent, une telle menace n'a jamais été mise à exécution s'agissant des instruments de lutte contre la corruption, la Commission dispose, depuis le 1^{er} décembre 2014, des attributions nécessaires : les suites qui seront données au troisième rapport de conformité seront donc fondamentales pour évaluer le futur rôle de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption.

La Commission européenne ne semble pas avoir saisi l'opportunité d'une nouvelle initiative législative pour améliorer la qualité de ses rapports de conformité. L'article 17 de la directive PIF proposée en 2012 se contente de renforcer l'obligation de communication pesant sur les États membres. Ces derniers doivent transmettre immédiatement la loi de transposition dont la publication officielle mentionne explicitement la directive. Il leur est également demandé de communiquer le texte de « *toute disposition essentielle* », critère laissé à leur libre appréciation. La Commission ne s'engage formellement sur la rédaction d'aucun nouveau rapport et ne propose pas de rendre compte au Conseil ou au Parlement européen.

¹⁵⁹⁰ V. *infra*, n^{os} 691. et s.

¹⁵⁹¹ Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n^o 14, 27 janvier 2016, p. 2.

Aussi, l'orientation générale du Conseil insère un article 18 demandant à la Commission d'émettre un nouveau rapport sur les mesures adoptées par les États membres pour se conformer à la directive, au plus tard vingt-quatre mois après le délai de mise en œuvre de la directive. Quant au Parlement européen, il semble tirer toutes les conséquences des lacunes observées dans les précédents rapports de conformité¹⁵⁹². Un nouvel article 17bis prévoit la présentation par la Commission, chaque année, d'un rapport d'évaluation portant non seulement sur la conformité, mais également sur l'efficacité de la directive en ce qui concerne la réalisation des objectifs. Le rapport doit être alimenté par les États membres qui permettront une analyse quantitative en gardant à jour une base de données regroupant toutes les statistiques relatives aux procédures pénales. Enfin, la Commission doit présenter, dans les soixante mois suivant le délai de mise en œuvre, une évaluation complète et déposer, le cas échéant, une proposition de modification de la directive PIF.

664. Il est possible de regretter le maintien d'une séparation nette entre les rapports de conformité et le nouveau rapport anticorruption de l'Union européenne. La dichotomie peut se comprendre en matière de protection des intérêts financiers, l'évaluation n'étant pas effectuée par le même organe (l'Office européen de Lutte Antifraude est généralement en charge du suivi en la matière) et portant sur un domaine particulier de l'Union. Toutefois, les évolutions souhaitées par le Conseil et le Parlement européen dans la future directive PIF laissent présager un rapprochement méthodologique entre les différentes évaluations : elles seront périodiques et comprendront un examen de la conformité et de l'application effective. Aussi, afin d'éviter la multiplication des suivis et l'enchevêtrement des rapports (doublons, incohérences, insécurité juridique), un mécanisme unique d'évaluation pourrait constituer une première étape vers la fin du morcellement des sources et non en constituer le reflet. Une régulation par le biais du droit souple ne sera alors pas suffisante, et la Commission disposera de tous les éléments nécessaires pour exercer l'ensemble de ses attributions, y compris la saisine de la CJUE dans le cadre d'une procédure d'infraction.

665. À côté des évaluations épisodiques de la Commission européenne, les États membres ont été soumis à des mécanismes d'évaluation mutuelle particulièrement

¹⁵⁹² V. Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, T7-0427/2014.

efficaces pour assurer la transposition des engagements internationaux, voire de certaines recommandations non contraignantes. Aussi, certains États membres sont à présent soumis à trois examens parallèles de leur législation anticorruption.

B. L'évaluation mutuelle : le respect des standards anticorruption internationaux

666. L'articulation entre un suivi purement formel au sein de l'UE et substantiel au sein des organisations internationales comme l'OCDE, le Conseil de l'Europe ou les Nations Unies ne résulte pas d'une méconnaissance des « *évaluations mutuelles* », aussi appelées « *évaluations par les pairs* » au sein de l'ELSJ¹⁵⁹³. Comme il l'a déjà été évoqué, la prudence des États membres dans le transfert d'une compétence touchant à leur souveraineté a conduit à l'adoption du mécanisme le plus neutre possible : « *grâce à mon expérience dans l'évaluation du régime du blanchiment d'argent au sein du GAFI, j'ai pu comprendre lorsque je suivais l'évaluation et ses résultats en tant qu'observateur pour le compte du Conseil de l'Europe pendant plusieurs années, que l'évaluation était une mesure extrêmement efficace, si bien maîtrisée. Au moment de la préparation de [l'action commune instaurant un mécanisme d'évaluation en matière de lutte contre la criminalité organisée] (en 1996), le manque d'implication réelle de la Commission européenne et de la Cour de Justice, dans la transposition des engagements pris au sein*

¹⁵⁹³ S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH, « L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne », in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Études européennes, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, pp. 75-97, spéc. p. 87 : L'évaluation mutuelle est « celle des États membres par les États membres (ou, plus exactement, des experts désignés par les États membres, ces experts représentant ou non leur État, suivant le type d'évaluation) ».

*du troisième pilier, était évidente. Les États membres pouvaient faire ce qu'ils voulaient. C'était la méthode intergouvernementale qui régnait sous le traité de Maastricht »*¹⁵⁹⁴.

Paradoxalement, l'évaluation mutuelle a été privilégiée dans d'autres domaines, non seulement dans le premier pilier¹⁵⁹⁵, mais également au sein de l'ELSJ pour favoriser la coopération en matière pénale¹⁵⁹⁶. C'est le cas de l'évaluation Schengen¹⁵⁹⁷ ainsi que des évaluations relatives au terrorisme¹⁵⁹⁸ et à la criminalité organisée¹⁵⁹⁹.

667. Avant que la Commission européenne ait le temps de réévaluer la stratégie anticorruption initiale à la lumière du traité d'Amsterdam, l'OCDE et le Conseil de l'Europe ont tous les deux adopté leur propre mécanisme d'évaluation mutuelle pour suivre les efforts anticorruption de la majorité des États membres. Aussi, à partir de 2003, la crainte d'un enchevêtrement contreproductif des évaluations conditionne l'ensemble des initiatives de la Commission : *« tous les efforts internationaux de lutte contre la corruption ne peuvent prouver leur efficacité que s'ils font l'objet de mécanismes de contrôle et d'évaluation basés sur le principe de l'évaluation par les pairs. D'autre part, il convient d'éviter, dans toute la mesure du possible, la duplication (coûteuse et souvent*

¹⁵⁹⁴ HANS G. NILSSON, « Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU », in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), coll. Études européennes, éd. Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 116 : *« Through my experience in the evaluation of the money laundering regime within the FATF, I had understood when I followed the evaluation and its result as an observer on behalf of the Council of Europe for many years, that the evaluation was an extremely efficient measure if it were properly handled. At the time of drafting this document (in 1996), the lack of real involvement of the European Commission and the Court of Justice, in the implementation of the commitments that were undertaken within the third pillar, was evident. Member States could do what they wanted. It was the intergovernmental method that reigned under the Treaty of Maastricht »*.

¹⁵⁹⁵ Directive 2006/123/E du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68. À ce propos, v. not. F. LEPLAT, J.-S. BERGÉ, « L'évaluation mutuelle et la directive services : retour d'expérience sur une volonté de "mieux légiférer" », in S. DE LA ROSA, F. PERALDI LENEUF (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, coll. Cahiers Européens, éd. Pedone, 2013, pp. 127-147.

¹⁵⁹⁶ À ce propos, v. S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH, *op. cit.*, spéc. pp. 87-97.

¹⁵⁹⁷ Décision du Comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une Commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, SCH/Com-ex(98) 26 déf., JOCE L 239 du 22 sept. 2000, pp. 138-143.

¹⁵⁹⁸ Décision 2002/996/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme, JOCE L 349 du 24 déc. 2002, pp. 1-3.

¹⁵⁹⁹ Action Commune du 5 décembre 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée, JO L 344 du 15 décembre 1997, pp. 7- 9.

contre-productive) des activités internationales »¹⁶⁰⁰. Les États membres sont donc invités à ratifier toutes les conventions internationales, considérées comme des approfondissements de la législation UE, et à se soumettre aux évaluations *ad hoc*.

L'Union européenne a donc accepté de jouer un rôle subsidiaire, par pragmatisme et à condition de pouvoir participer au GRECO. L'idée d'une évaluation mutuelle n'a pas été immédiatement écartée, mais l'accent a d'abord été placé sur la coopération avec les autres organisations internationales : « *La Commission estime qu'au stade actuel, la mise en place d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle anticorruption propre à l'UE n'est pas souhaitable, car elle irait à l'encontre du souci constant qu'a la Commission d'éviter les doubles emplois [...]. Au cas où la participation au GRECO ne serait pas considérée comme une option viable, la Commission étudierait la possibilité de mettre en place un mécanisme communautaire séparé d'évaluation mutuelle et de contrôle concernant la lutte contre la corruption* »¹⁶⁰¹.

Or, treize ans plus tard, la participation de l'UE au GRECO n'est toujours pas actée et le traité de Lisbonne a ouvert une nouvelle opportunité pour l'adoption d'un mécanisme d'évaluation mutuelle entre les États membres.

668. En effet, l'article 70 TFUE a consacré la possibilité de mettre en place une évaluation mutuelle pour suivre la mise en œuvre des politiques touchant à l'ELSJ. Afin de ne pas attribuer une portée excessive à un tel suivi, le traité précise que celui-ci peut être mis en place sans préjudice des articles 258, 259 et 260 TFUE, c'est-à-dire du recours en manquement¹⁶⁰². En effet, ce dernier pourrait s'avérer utile dans l'hypothèse où un État membre persisterait à ne pas suivre les recommandations qui lui sont adressées.

669. Toutefois, le mécanisme d'évaluation adopté par la Commission en 2011 rompt avec l'ensemble de l'évolution exposée ci-dessus. En effet, la Commission a cherché à instituer un mécanisme qui, sans être une évaluation mutuelle concurrente établie en vertu de l'article 70 TFUE, repose largement sur les travaux des organisations internationales.

¹⁶⁰⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 10.

¹⁶⁰¹ Nous soulignons. *Idem*.

¹⁶⁰² À ce propos, v. S. ANDERSEN, « Non-Binding Peer Evaluation within an Area of Freedom, Security and Justice », in R. L. HOLZHACKER, P. LUIGI (dir.), *Freedom, Security and Justice in the European Union : Internal and External Dimensions of Increased Cooperation after the Lisbon Treaty*, éd. Springer, 2014, pp. 29-48.

Les évaluations mutuelles constituent donc à la fois la matière première et la cause du rapport anticorruption de l'UE. Compte tenu des nombreux commentaires dont ont déjà fait l'objet ces mécanismes, il convient d'examiner brièvement les suivis effectués par le groupe de travail de l'OCDE (1), le GRECO (2) et les Parties à la convention des Nations Unies contre la corruption (3) qui sont venus institutionnaliser « *les interactions verticales entre niveaux internationaux et nationaux* »¹⁶⁰³.

1. *Le groupe de travail de l'OCDE : « étalon d'or » des processus d'évaluation*

670. Convention de l'OCDE. Afin de surveiller et promouvoir sa pleine application, la convention OCDE du 17 décembre 1997 impose aux États Parties la mise en œuvre d'un programme de suivi mené au sein du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales et conformément au mandat de ce groupe¹⁶⁰⁴. S'il n'apparaît pas utile de revenir ici de manière détaillée sur le mécanisme d'évaluation¹⁶⁰⁵, l'examen de ses principales caractéristiques permet

¹⁶⁰³ J. TRICOT, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, pp. 753 et s.

¹⁶⁰⁴ Convention OCDE, art. 12.

¹⁶⁰⁵ À ce propos, v. not. P. NASTOU, « L'évaluation des Parties à la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales : un mécanisme institutionnel de suivi au service de l'harmonisation des législations et pratiques nationales », in D. DORMOY, *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, 2010, pp. 5-48 ; G. AIOLFI, M. PIETH, « How to Make a Convention Work : the Organisation for Economic Co-operation and Development Recommendation and Convention on Bribery as an Example of a New Horizon in International Law », in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (dir.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, éd. Kluwer Law International, La Haye, 2002, pp. 349-360 ; J. LELIEUR, M. PIETH, « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Dalloz*, 2008, pp. 1086 et s. ; M. GAVOUNELI, « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption », in H. ASCENSIO, N. BONUCCI (Préface), *Le pouvoir normatif de l'OCDE : journée d'études de Paris – Société française pour le droit international*, éd. Pedone, Paris, 2013, pp. 45-53 ; E. QUINONES, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *Annuaire Français de Droit International*, 2003, pp. 563-574, spéc. 569-570 ; N. ARNONE, L. S. BORLINI, *Corruption : Economic Analysis and International Law*, éd. Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 443-478, spéc. 447-478 ; N. BONUCCI, « Monitoring and follow-up », in M. PIETH, L. A. LOW, N. BONUCCI, *The OECD Convention on bribery : a commentary*, 2nd éd., Cambridge University Press, 2014, pp. 535-576.

d'appréhender les raisons pour lesquelles celui-ci est fréquemment considéré comme « l'étalon d'or » des processus d'évaluation¹⁶⁰⁶.

671. Extensions du domaine de l'évaluation. Les évaluations du groupe de travail de l'OCDE portent initialement sur la Convention du 17 décembre 1997, mais également sur la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin du 11 avril 1996 (ci-après, « Recommandation sur la non-déductibilité fiscale »). Elles se décomposent en différentes phases, la première ayant pour objet la conformité des transpositions tandis que la deuxième est consacrée à l'application concrète des instruments mentionnés ci-dessus.

En décembre 2009, les États Parties décident d'intensifier considérablement leurs efforts dans l'optique d'assurer l'application effective et continue de la Convention de l'OCDE et de ses Recommandations connexes. Tout d'abord, un examen mutuel permanent succède à la phase 2 et comprend une visite sur place systématique des évaluateurs. La phase 3, qui s'étend de 2009 à 2014¹⁶⁰⁷, constitue donc le premier cycle de ce nouveau mécanisme¹⁶⁰⁸. Ensuite, le domaine de l'évaluation est élargi : la Recommandation sur la non-déductibilité fiscale est révisée¹⁶⁰⁹ et le suivi s'étend à la Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹⁶¹⁰ (ci-après, « Recommandation de 2009 »).

L'intérêt de la Recommandation de 2009 réside notamment dans les guides de bonnes pratiques annexés, l'un à destination des États et l'autre des entreprises : « *Cette nouvelle Recommandation vient conforter le dispositif juridique de lutte contre la corruption et la*

¹⁶⁰⁶ Le propos est prêté à l'association Transparency International et rapporté par le chef de la division anticorruption de l'OCDE. V. P. MOULETTE (propos recueillis par C. CUTAJAR), « Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption », *AJ Pénal*, 2013, pp. 82 et s.

¹⁶⁰⁷ V. le calendrier des évaluations mutuelles, URL : www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/RevisedPhase3Schedule_ENdoc.pdf

¹⁶⁰⁸ Pour les lignes directrices relatives aux évaluations de la Phase 3, v. URL : www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Phase3InformationResourcesManualENG.pdf

¹⁶⁰⁹ V. la Recommandation du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 25 mai 2009, C(2009)64. Pour un aperçu, actualisé en 2011, des dispositions relatives au traitement fiscal des pots-de-vin dans les États parties à la convention OCDE, v. *Update on Tax Legislation on the Tax Treatment of bribes to Foreign public officials in countries parties to the OECD anti bribery convention*, juin 2011, URL : <http://www.oecd.org/tax/crime/41353070.pdf>

¹⁶¹⁰ V. la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 26 nov. 2009, C(2009)159/REV1/FINAL, amendée le 18 février 2010, C(2010)19.

fraude et garantit que les parties à la Convention ne se borneront pas à adopter des lois pour appliquer la Convention. Au-delà des mots, il faut des actes »¹⁶¹¹. L'objectif de la phase 3 est plus précis : il s'agit de vérifier les progrès accomplis par les Etats concernant les faiblesses identifiées en phase 2, d'analyser les difficultés résultant des réformes effectuées et de mesurer les efforts entrepris vers une application effective, ainsi que les résultats concrets obtenus.

672. Peu d'évaluations ont été conduites en 2015, le groupe de travail de l'OCDE travaillant sur la mise en place d'un 4^{ème} cycle d'évaluation : celui-ci devrait débuter en 2016 et durer entre cinq et sept ans¹⁶¹². D'une manière générale, la phase 4 « *visée à maintenir une appréciation actualisée des structures mises en place pour faire respecter la législation et la réglementation* »¹⁶¹³ mettant en œuvre la Convention et ses Recommandations de 2009, et leur application pratique. L'accent est explicitement mis sur une « *approche individualisée* » afin de prendre en compte le contexte de chaque pays.

Le faible intérêt du groupe de travail de l'OCDE pour les évaluations de l'Union européenne, malgré l'adoption d'un premier rapport anticorruption en 2014, ressort du paragraphe consacré à la coordination avec d'autres organisations internationales¹⁶¹⁴. En effet, il est explicitement mentionné l'ensemble des groupes de suivi en matière de corruption et de blanchiment d'argent, à l'exception de l'Union européenne : le groupe de travail est ainsi soucieux d'éviter les doubles emplois avec le Conseil de l'Europe (GRECO et MONEYVAL), les Nations Unies (UNUDC), l'OEA et le GAFI.

673. Applicabilité aux États membres de l'UE. En 2016, cinq États membres de l'UE n'ont toujours pas signé la convention de l'OCDE et ne sont donc pas soumis aux évaluations du groupe de travail *ad hoc*¹⁶¹⁵. Aussi, la situation n'a pas évolué depuis la

¹⁶¹¹ Déclaration de Angel Gurría (Secrétaire général de l'OCDE), 7 décembre 2009. URL : www.oecd.org/fr/corruption/lesgouvernementsconviennentderenforcerlaluttecontrelacorruption.htm

¹⁶¹² Document du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, *Suivi de la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : procédures d'évaluation de phase 4*, 9 oct. 2015, DAF/WGB/WD(2015)32/FINAL, URL : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB/WD\(2015\)32/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB/WD(2015)32/FINAL&docLanguage=Fr)

¹⁶¹³ *Ibid.*, pp. 5-6.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶¹⁵ Il s'agit de Chypre, de la Croatie, de la Lituanie, de Malte et de la Roumanie. La participation de la Lituanie et de la Roumanie à la Déclaration ministérielle émise le 16 mars 2016 (« *towards a new era of enforcement* ») lors d'une réunion de l'OCDE à Paris laisse penser qu'un rapprochement est en cours. V. URL : <http://www.oecd.org/fr/corruption/oecd-anti-bribery-ministerial-meeting-towards-a-new-era-of-enforcement-opening-remarks.htm>

communication de 2011 malgré les injonctions de la Commission¹⁶¹⁶. Sans donner d'explications, la Commission a donné priorité à la « *ratification et l'application effective par tous les États membres de la convention de l'OCDE contre la corruption* ». L'absence de toute réaction de la part des États membres concernés tend à démontrer la faible influence de la Commission en la matière et, dans le prolongement, les risques liés à une évaluation dépendante de la participation à des instruments externes. Il reste d'ailleurs paradoxal d'exiger de tous les États membres une adhésion à la convention de l'OCDE, alors que celle-ci est initialement destinée aux pays ayant une part importante dans l'exportation mondiale.

674. En dehors des États non signataires, tous les États membres de l'UE font l'objet de la même évaluation au sein du groupe de travail de l'OCDE. Aussi, la Bulgarie et la Lettonie, non membres de l'OCDE¹⁶¹⁷, ont été contraintes d'adhérer aux Recommandations connexes afin de rejoindre le groupe de travail puis de signer la Convention de 1997. La procédure d'adhésion, qui distingue les États membres¹⁶¹⁸ et les États non membres¹⁶¹⁹, assure ainsi l'uniformité des évaluations.

¹⁶¹⁶ COM(2011) 308 final, para. 3.2.

¹⁶¹⁷ La Lettonie a été invitée à devenir membre de l'OCDE en mai 2016. URL : <http://www.oecd.org/fr/presse/adhesion-la-lettonie-invitee-a-rejoindre-l-ocde.htm>

¹⁶¹⁸ Tous les États membres de l'OCDE sont invités à signer la convention de l'OCDE (art. 13). Ils sont alors soumis à l'évaluation prévue par l'article 12 de la convention de l'OCDE, conformément au mandat du groupe de travail de l'OCDE. En 1997, le paragraphe 34 des commentaires relatifs à la convention précitée renvoie à la section VIII de la Recommandation de 1997. Depuis 2009, le mandat du groupe de travail est défini à la section XIV de la Recommandation de 2009, qui vient remplacer celle de 1997. De surcroît, tout État membre de l'OCDE doit coopérer avec le groupe de travail en application de l'article 3 de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économique du 14 décembre 1960.

¹⁶¹⁹ Les États non membres de l'OCDE sont soumis à une logique inverse : ils doivent préalablement obtenir le statut de « participant à part entière » au sein du groupe de travail pour pouvoir signer la convention de l'OCDE. Aussi, l'adhésion aux Recommandations de 2007 conditionne la possibilité de signer la convention susmentionnée. En 1997, le paragraphe 37 des commentaires relatifs à la convention précitée effectue un renvoi vers la Résolution C(96)64/REV1/FINAL relatif à la participation des économies non membres aux travaux des organes subsidiaires de l'Organisation. Or, la Résolution comprend des lignes directrices qui prévoient, à l'article 6 point a, que la « participation est subordonnée à des accords ayant force obligatoire conclus avec les participants à part entière invités, conformément à l'article 8 a) du Règlement de procédure. Ces accords prévoient l'adhésion du non-membre à tous les instruments de l'OCDE qui constituent la base des travaux de l'organe subsidiaire et font l'objet d'une acceptation générale par les pays Membres, obligent ce non-membre à coopérer pleinement aux travaux de l'organe subsidiaire ». Postérieurement à 1997, la Résolution C(96)64/REV1/FINAL a été amendée par la Résolution C(96)64/REV2/FINAL, puis remplacée par la Résolution C(2004)132/FINAL, elle-même remplacée par la Résolution C(2012)100/FINAL. Les lignes directrices annexées à cette dernière résolution prévoient trois statuts : invités, participants et associés. Il semble possible d'avancer que tout État non membre de l'OCDE doit à présent obtenir le statut d'associé avant de pouvoir signer la convention de l'OCDE, puisque seul celui-ci participe à l'ensemble des travaux de l'organe concerné (paragraphe 5, point c). Tous les États membres de l'Union européenne qui n'ont pas

675. Méthodologie. À partir de la phase 2, les évaluations se sont déroulées de manière similaire : les experts de deux États sont désignés ; une auto-évaluation est réalisée, sur la base d'un questionnaire, par l'État examiné ; une visite sur place (systématique depuis la phase 3) permet aux experts de rencontrer des fonctionnaires et professionnels ; un rapport préliminaire sur les performances du pays examiné est réalisé ; enfin, le projet de rapport, qui contient des recommandations adressées à l'État membre concerné, est discuté puis adopté au sein du Groupe de travail.

676. Pressions. Plusieurs mécanismes destinés à assurer la qualité du rapport et à exercer une pression sur l'État membre examiné ont été décidés. Toutefois, ces mécanismes, qui n'ont pas toujours permis d'obtenir les résultats souhaités¹⁶²⁰, n'ont pas beaucoup évolué notamment à l'encontre des États faisant preuve de résistance.

Tout d'abord, le rapport final est adopté selon la règle du « *consensus moins un* », c'est-à-dire que l'État examiné ne dispose pas d'un droit de veto concernant l'adoption du rapport. Ensuite, le rapport fait l'objet d'une publication puisqu'à la différence des examens du GRECO, celui-ci n'est pas confidentiel. La procédure d'évaluation de la phase 4 prévoit dorénavant une mise en ligne sur le site de l'OCDE, un communiqué de presse et une obligation pour le pays concerné de traduire *a minima* le résumé, le communiqué de presse et les recommandations dans une langue nationale, puis de le publier sur le site web de son administration dans les deux mois qui suivent la réunion plénière durant laquelle le rapport est adopté¹⁶²¹.

Une phase intermédiaire « bis » peut être décidée dans l'hypothèse où il existe des motifs d'insatisfaction, ce qui constitue une forme de sanction pour l'État concerné¹⁶²². En outre, la phase 3 prévoit des mesures supplémentaires au cas où l'État démontrerait une « *persistance à ne pas mettre convenablement en œuvre la Convention* »¹⁶²³. La

encore ratifié la convention de l'OCDE devront donc obtenir ce statut, puisqu'actuellement, aucun n'est membre de l'OCDE.

¹⁶²⁰ V. *infra*, n° 691. .

¹⁶²¹ Document du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, *Suivi de la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : procédures d'évaluation de phase 4*, 9 oct. 2015, DAF/WGB/WD(2015)32/FINAL, para. 50.

¹⁶²² J. LELIEUR, M. PIETH, « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Dalloz*, 2008, pp. 1086 et s.

¹⁶²³ Ces mesures sont : la production d'un rapport, qui peut être exigé à chaque réunion, sur la mise en œuvre de la convention et des recommandations ; un groupe peut être constitué pour évaluer les progrès réalisés et tenir des réunions directes avec l'Etat évalué ; une lettre peut être adressée aux ministres ; une mission à haut niveau peut être organisée (rencontre avec ministres et hauts fonctionnaires) afin de renforcer le message ; la publication d'une déclaration formelle.

phase 4 ne consacre pas d'évolution notable à ce sujet si ce n'est la possibilité d'effectuer une mission technique pour assister l'État membre évalué¹⁶²⁴.

677. Tour de table. À côté de l'évaluation par phases, « *lors de chaque assemblée plénière du Groupe de travail, une demi-journée est consacrée à un exercice de questions-réponses qui amène les délégations des Etats à faire part à leurs pairs des évolutions récentes concernant leur pays [...]* ; l'une des méthodes consiste à demander si des faits de corruption révélés dans la presse font l'objet d'enquêtes. Dans la négative, l'État visé est prié de se justifier »¹⁶²⁵. L'affaire BAE Systems, déjà évoquée¹⁶²⁶, permet de mesurer l'intérêt de ce contrôle d'actualité dont le but est d'exercer une pression directe en fonction de l'attitude d'un État dans une affaire précise. De surcroît, en cas de réponse insatisfaisante, l'État interrogé prend alors le risque de voir s'ouvrir une phase d'évaluation « bis » à son encontre.

2. Le Groupe d'États contre la corruption

678. Création GRECO. En 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adopte vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption et charge, dans le même temps, le Groupe Multidisciplinaire sur la Corruption¹⁶²⁷ (ci-après, « GMC ») d'élaborer « *rapidement* » des instruments juridiques internationaux en application de son Programme d'action contre la corruption¹⁶²⁸. Le GMC doit lui soumettre « *sans délai un projet proposant la mise en place d'un mécanisme approprié et efficace, sous l'égide du Conseil de l'Europe, chargé de veiller au respect de ces Principes et à la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux à adopter* »¹⁶²⁹. Un an plus tard, le Comité adopte une Résolution autorisant la création d'un accord partiel et élargi établissant le

¹⁶²⁴ Document du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, *Suivi de la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : procédures d'évaluation de phase 4*, 9 oct. 2015, DAF/WGB/WD(2015)32/FINAL, para. 67.

¹⁶²⁵ J. LELIER, M. PIETH, *op. cit. & loc. cit.*

¹⁶²⁶ V. *supra*, n° 630.

¹⁶²⁷ Le mandat du GMC est adopté le 8 septembre 1994 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. V. Rapport de réunion du Secrétariat du Comité des Ministres, *2^{ème} réunion du GMC*, 25-27 sept. 1995, CM(95)149.

¹⁶²⁸ Programme d'action du GMC, *Programme d'action contre la corruption*, GMC(96) 95.

¹⁶²⁹ Nous soulignons. Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, 6 nov. 1997, para. 2 et 3 *in fine*.

« Groupe d'États contre la corruption » (ci-après, « GRECO »)¹⁶³⁰. La résolution instituant le GRECO est finalement adoptée le 1^{er} mai 1999¹⁶³¹ par dix-sept États, dont seize sont actuellement membres de l'UE¹⁶³².

679. Progressivement, la compétence *ratione loci* du GRECO a recouvert et dépassé celle de l'UE. En effet, tous les États membres de l'UE y participent soit parce qu'ils ont adopté l'accord partiel et élargi susmentionné¹⁶³³ soit parce qu'ils ont signé et ratifié au moins l'une des conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe, chacune prévoyant une participation automatique au GRECO¹⁶³⁴. À titre d'exemple, l'Autriche a ratifié la convention civile sur la corruption¹⁶³⁵ en 2006, soit postérieurement à la clôture du premier cycle d'évaluation, et a donc fait l'objet d'une procédure d'évaluation conjointe sur les thèmes des deux premiers cycles en 2007 et 2008¹⁶³⁶.

680. De surcroît, le cadre juridique de l'évaluation est identique pour tous les États membres du GRECO. En effet, l'objet de ce dernier est d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en œuvre des engagements pris en ce domaine « *par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pressions mutuelles* »¹⁶³⁷. À cette fin, le GRECO est chargé de suivre l'application des vingt principes directeurs adoptés en 1997 et la mise en œuvre de tout instrument juridique adopté en application du Programme d'action contre la corruption, conformément aux dispositions de ces instruments, ce qui recouvre aujourd'hui les conventions pénale¹⁶³⁸ et civile¹⁶³⁹ du Conseil de l'Europe, le protocole additionnel, ainsi que deux

¹⁶³⁰ Résolution (96) 36 établissant les critères relatifs aux accords partiels et élargis du Conseil de l'Europe, 17 oct. 1996. La continuation de l'accord partiel et élargi, au-delà de la période initiale, sera autorisée en 2002 : Résolution Res(2002)6 autorisant la continuation de l'Accord partiel et élargi « Groupe d'États contre la corruption – GRECO », 18 avril 2002. V. égal. Résolution statutaire (93) 28 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les accords partiels et élargis, 14 mai 1993.

¹⁶³¹ Résolution (99) 5 instituant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO », 1er mai 1999.

¹⁶³² Belgique, Bulgarie, Chypre, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Lituanie, Luxembourg, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Espagne et Suède.

¹⁶³³ À l'exemple de l'Allemagne qui, en 2016, n'a ratifié aucun instrument contraignant du Conseil de l'Europe.

¹⁶³⁴ Convention civile sur la corruption (art. 15) ; convention pénale sur la corruption pénale (art. 32) ; Protocole à la convention pénale sur la corruption (art. 7). V. égal. Règlement intérieur du GRECO, art. 1 ; Statut du GRECO, art. 4.

¹⁶³⁵ Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, signée le 4 nov. 1999, en vigueur le 1^{er} nov. 2003.

¹⁶³⁶ Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Autriche, 1^{er} et 2^{ème} cycle, 13 juin 2008.

¹⁶³⁷ Statut du GRECO, art. 1.

¹⁶³⁸ Convention pénale sur la corruption, art. 24.

¹⁶³⁹ Convention civile sur la corruption, art. 14.

Recommandations, l'une sur les codes de conduite des agents publics¹⁶⁴⁰ et l'autre sur le financement des partis politiques et des campagnes électorales¹⁶⁴¹. À chaque cycle d'évaluation, le GRECO sélectionne certaines dispositions figurant dans l'un des instruments susmentionnés afin de procéder à l'évaluation de leur mise en œuvre¹⁶⁴².

681. Il résulte de ce qui précède que tous les rapports d'évaluation sont, en principe, rédigés de manière uniforme sans distinguer les dispositions contraignantes découlant des conventions internationales et les dispositions contenues dans des instruments non contraignants du Conseil de l'Europe. En revanche, les réponses apportées aux recommandations ont parfois différé en fonction des engagements internationaux de l'État évalué. Ainsi, l'Allemagne et l'Autriche ont été soumises aux évaluations du cycle 3 relatives aux incriminations alors que les deux pays n'avaient pas ratifié la convention pénale et son protocole. Toutefois, lors de l'examen de conformité, l'Autriche a détaillé les actions entreprises, puisqu'elle avait ratifié ces instruments entre temps, tandis que les autorités allemandes ont estimé que « *l'Allemagne n'est pas tenue de mettre en œuvre les Articles de la Convention et de son Protocole additionnel précités et sur lesquels sont fondées ces recommandations, dans la mesure où elle pourra utiliser sa faculté de déclaration et de réserve* »¹⁶⁴³.

Si, en 2016, tous les États membres de l'UE n'ont pas ratifié les conventions du Conseil de l'Europe, des progrès importants ont été réalisés. S'agissant de la convention pénale sur la corruption, parmi les trois États membres qui ne l'avaient toujours pas ratifié en 2011¹⁶⁴⁴, deux y ont procédé en 2013¹⁶⁴⁵ et l'Allemagne a adopté plusieurs réformes dans cette perspective¹⁶⁴⁶. En ce qui concerne le protocole additionnel, huit États membres de l'UE l'ont ratifié entre 2011 et 2015¹⁶⁴⁷ tandis que deux États ne l'ont toujours pas

¹⁶⁴⁰ Recommandation N° R(2000) 10 du Comité des Ministres aux États membres sur les codes de conduite pour les agents publics, 11 mai 2000.

¹⁶⁴¹ Recommandation Rec(2003)4 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, 8 avr. 2003.

¹⁶⁴² Règlement intérieur du GRECO, art. 23.

¹⁶⁴³ Nous soulignons. Rapport de conformité du GRECO sur l'Allemagne, 3^{ème} cycle, thème 1, 9 déc. 2011, para. 23.

¹⁶⁴⁴ COM(2011) 308 final, para. 3.2.

¹⁶⁴⁵ Autriche et Italie.

¹⁶⁴⁶ V. *supra*, n° 557.

¹⁶⁴⁷ Autriche, Espagne, Finlande, Hongrie, Lituanie, Malte, Pologne, Portugal.

ratifié¹⁶⁴⁸, et de manière plus préoccupante, deux États membres n'ont toujours pas signé cet instrument¹⁶⁴⁹.

682. La procédure d'évaluation du GRECO présente de nombreuses similitudes avec celle de l'OCDE¹⁶⁵⁰. Dans un premier temps, l'État examiné doit répondre à un questionnaire et une équipe d'évaluation, composée d'experts d'autres États membres du GRECO, est constituée. Dans un deuxième temps, l'équipe d'évaluation effectue une visite sur place afin d'interroger différents acteurs clés (universitaires, magistrats, associations, etc.) en fonction des thèmes étudiés. Les visites sur place semblent contribuer de manière importante à la qualité des évaluations : elles permettent d'obtenir des informations complémentaires et des précisions sur certaines interprétations jurisprudentielles et, le cas échéant, sont utilisées pour remédier à certaines réponses insatisfaisantes au questionnaire envoyé¹⁶⁵¹. Dans un troisième temps, plusieurs rapports préparatoires sont rédigés par l'équipe d'évaluation puis par le Secrétariat¹⁶⁵² et soumis aux commentaires de l'État examiné. Enfin, le projet de rapport est envoyé à tous les États membres du GRECO, puis débattu en session plénière, voire modifié, avant d'être définitivement adopté.

683. À la différence du groupe de travail de l'OCDE, la « *pression par les pairs* » repose moins sur la publicité des rapports, ou sur un tour de table, que sur un suivi périodique de la mise en œuvre des recommandations. En effet, dix-huit mois après le rapport d'évaluation, l'État examiné doit envoyer un Rapport de situation. Le GRECO rédige alors un rapport de conformité, destiné à évaluer la mise en œuvre des recommandations émises. Si certaines recommandations n'ont pas été entièrement suivies, des rapports de conformité intermédiaires ainsi qu'un deuxième rapport de conformité peuvent être adoptés. Ces rapports successifs sont généralement annuels, ce qui permet de maintenir une pression constante sur l'État concerné et peut perdurer même si un nouveau cycle d'évaluation a débuté. À titre d'exemple, la Belgique a fait l'objet de cinq rapports

¹⁶⁴⁸ Allemagne et Italie.

¹⁶⁴⁹ Estonie et République tchèque.

¹⁶⁵⁰ V. *supra*, n^{os} 670. et s.

¹⁶⁵¹ W. RAU, J. RINGGUTH, « Evaluation in the framework of the Council of Europe », in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), coll. Études européennes, éd. Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 33-44, spéc. pp. 36-37.

¹⁶⁵² Le GRECO est assisté par un Secrétariat mis à la disposition par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. V. Statut du GRECO, art. 19.

de conformité dans le cadre du troisième cycle et a déjà été soumise au rapport d'évaluation du quatrième cycle.

Les rapports d'évaluation et de conformité sont, par défaut, confidentiels : la décision de les rendre publics appartient entièrement à l'État évalué¹⁶⁵³. Ce dernier peut donc procéder aux réformes nécessaires sans subir de pressions supplémentaires, par exemple, par des associations anticorruption ou encore par l'opinion publique. Néanmoins, la protection accordée par la confidentialité peut être relativisée pour deux raisons. En premier lieu, le caractère confidentiel du rapport et la réunion plénière à l'occasion de laquelle celui-ci a été adopté sont explicitement mentionnés sur le site Internet du GRECO¹⁶⁵⁴ et attirent donc nécessairement l'attention sur l'attitude de l'État évalué. En second lieu, les rapports sont, en pratique, toujours publiés quelques mois après leur adoption.

684. Grâce au GRECO, l'Union européenne dispose de nombreuses évaluations périodiques nourrissant son propre rapport anticorruption. Toutefois, cette méthodologie présente des inconvénients. Tout d'abord, la disponibilité de l'information est subordonnée à sa publication et donc à la bonne volonté des États membres : la Commission européenne ne dispose pas d'un accès privilégié aux rapports de conformité du GRECO. Dans le prolongement, l'information peut être rendue publique de manière trop tardive, les services de la Commission n'ayant plus le temps d'intégrer les résultats dans le chapitre relatif à l'État membre concerné, ce qui peut aboutir à la publication de données approximatives, voire fausses. Enfin, chaque cycle d'examen porte sur des questions précises sélectionnées parmi les instruments du Conseil de l'Europe, qui ne constituent pas systématiquement des enjeux prioritaires pour l'Union européenne ou qui ne lui permettent pas d'alimenter ses propres thématiques.

Dès lors, la participation de l'Union européenne au GRECO, projetée depuis longtemps, apparaît primordiale et pourrait notamment permettre de combler ces lacunes¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵³ Règlement intérieur du GRECO, art. 34§2.

¹⁶⁵⁴ Les rapports de chaque cycle d'évaluation du GRECO sont publiés sur le site officiel du Conseil de l'Europe, v. URL : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_fr.asp

¹⁶⁵⁵ V. *infra*, n^{os} 731. et s.

3. L'évaluation mutuelle au sein de la Conférence des États Parties à la convention ONU

685. Depuis 2009, les États membres de l'UE sont soumis à un nouvel examen destiné à suivre la mise en œuvre de la convention des Nations Unies contre la corruption (ci-après, « convention de Mérida » ou « convention ONU »). Tous les États membres sont concernés puisque la République tchèque, l'Irlande et l'Allemagne, qui n'avaient toujours pas ratifié la convention précitée en 2011¹⁶⁵⁶, ont depuis effectué les démarches nécessaires¹⁶⁵⁷. En outre, l'Union européenne doit, en principe, participer à l'évaluation mutuelle puisqu'elle est Partie à la convention de Mérida depuis 2008¹⁶⁵⁸. Toutefois, les mêmes difficultés que celles évoquées dans le cadre de la participation de l'UE au GRECO ont été soulevées par la Commission européenne : une telle évaluation nécessite une pleine coopération de toutes les institutions européennes et des États membres sur les matières relevant de la compétence partagée. La progression de cet examen reste donc incertaine : en 2015, dans le cadre de réunions relatives à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, il était simplement précisé qu'une « *décision concernant l'examen de l'Union européenne est toujours pendante* »¹⁶⁵⁹.

686. Le mécanisme récent n'a pas dissuadé la Commission de se doter de ses propres outils. En effet, s'il est possible de relativiser les reproches émis à l'encontre des autres organisations internationales qui ont déjà démontré leurs capacités à influencer les États membres, de nombreuses réserves peuvent être formulées à l'encontre de la procédure adoptée au sein des Nations Unies. L'élaboration d'un suivi *ad hoc* est apparue plus complexe que dans d'autres cadres internationaux en raison, d'une part, d'un champ d'application matériel¹⁶⁶⁰ et géographique¹⁶⁶¹ extrêmement vaste et, d'autre part, de la nécessité de tenir compte des mécanismes existants au niveau mondial (OCDE) ou

¹⁶⁵⁶ COM(2011) 308 final, para. 3.2.

¹⁶⁵⁷ République tchèque (29 novembre 2013), Irlande (9 novembre 2011) et Allemagne (12 novembre 2014).

¹⁶⁵⁸ V. *supra*, n^{os} 529. et s.

¹⁶⁵⁹ Note d'information du Secrétariat des Nations Unies, *Five Years of UNCAC Reviews - What have we learned*, 16 sept. 2015, CTOC/COP/WG.8/2015/CRP.3, p. 2, URL : https://www.unodc.org/documents/treaties/open-ended-intergovernmental-meeting/CRPs/V1506563_CRP3.pdf : « *Between 2010 and 2015, 177 parties have ratified UNCAC, of which 172 should be reviewed during the first cycle. A decision regarding the review of the European Union is still pending. States that acceded in 2015 are unlikely to be able to finalize their reviews before the end of the year* ».

¹⁶⁶⁰ La convention de Mérida couvre à la fois la prévention, la répression, le recouvrement des avoirs et la coopération internationale.

¹⁶⁶¹ Au 1^{er} décembre 2015, 178 États sont Parties à la convention de Mérida.

régional (Organisation des États Américains, Conseil de l'Europe) et de la volonté d'éviter les doublons.

Aussi, en 2003, les signataires de la convention de Mérida ne sont pas parvenus à un consensus concernant la mise en place d'un mécanisme d'évaluation. L'article 63, paragraphe 7 de la convention Mérida charge la Conférence des États Parties¹⁶⁶² de créer, si elle le juge nécessaire, « *tout mécanisme ou organe approprié pour faciliter l'application effective de la Convention* ». Lors de sa troisième session à Doha, en novembre 2009, la Conférence des États Parties adopte finalement la Résolution 3/1 qui institue un mécanisme d'évaluation mutuelle.

687. Le mécanisme retenu, dont la procédure est détaillée dans son mandat ou « *terms of reference* », est très largement inspiré par les suivis existants qui reposent sur une évaluation mutuelle et une pression par les pairs. Toutefois, le processus d'examen est moins transparent et l'adoption du rapport final nécessite une négociation.

Dans un premier temps, l'État évalué doit répondre à un questionnaire d'auto-évaluation (par le biais du logiciel *Omnibus*) puis l'envoyer aux deux États Parties examinateurs, sélectionnés par le biais d'un tirage au sort. L'un des États examinateurs et l'État évalué doivent obligatoirement provenir de la même région géographique et, si possible, disposer d'un système juridique similaire¹⁶⁶³. Dans un deuxième temps, un « *dialogue constructif* » s'engage entre les États examinateurs et l'État examiné lorsque des éclaircissements ou des informations s'avèrent nécessaires¹⁶⁶⁴. De manière facultative, et si l'État examiné y consent, un « *dialogue direct* » peut être organisé par le biais d'une visite sur place¹⁶⁶⁵. Un tel déplacement a tendance, en pratique, à devenir la norme, puisqu'elle contribue de manière importante à la qualité du rapport final¹⁶⁶⁶. Dans un troisième temps, les États examinateurs rédigent un rapport, qui doit obligatoirement insister sur les succès obtenus et l'assistance technique nécessaire. Le rapport d'examen et son résumé analytique sont finalisés par accord entre les États examinateurs et l'État

¹⁶⁶² La Conférence des États Parties est un organe chargé de promouvoir et d'examiner l'application de la convention UNCAC et, si nécessaire, de créer un mécanisme approprié pour faciliter une application effective. V. Convention ONU, art. 63.

¹⁶⁶³ *Terms of reference*, para. 19.

¹⁶⁶⁴ *Terms of reference*, para. 24.

¹⁶⁶⁵ *Terms of reference*, para. 29.

¹⁶⁶⁶ M. ARNONE, L. S. BORLINI, « Follow-up procedures as specific cases of international supervision », in M. ARNONE, L. S. BORLINI (dir.), *Corruption : economic analysis and international law*, éd. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, pp. 443-478, spéc. p. 476, note 63 : « *According to TI (2013b), almost 90 per cent of the 60 countries surveyed, governments have agreed to permit country visits* ».

examiné. Par défaut, le résultat est confidentiel¹⁶⁶⁷, et seul l'État examiné peut « *exercer son droit souverain de publier tout ou partie de son rapport d'examen* »¹⁶⁶⁸.

688. Les premières évaluations ont présenté des « *résultats en demi-teinte* »¹⁶⁶⁹ : de nombreuses délégations ont constaté que la gestion du système était complexe et lourde, le calendrier d'examen a rapidement connu de nombreux retards (lors du début de la troisième tranche, seuls 20 % de la seconde était terminée), plusieurs pays ne répondent pas lorsqu'ils sont tirés au sort que ce soit en tant qu'examineur ou évalué, ce qui conduit à procéder à de nouveaux tirages et à alourdir le processus, les tirages donnant parfois des résultats difficiles à respecter (comme l'évaluation de la Russie par les Palaos, ces derniers s'étant désistés).

De surcroît, deux questions centrales subsistent. La première concerne la participation des ONG en tant qu'observateurs, certaines délégations s'y opposant fermement. L'allusion de la Commission européenne à ce sujet dans sa communication de 2011 n'est donc pas anodine : « *L'Union européenne est favorable à une participation de la société civile à ce mécanisme et à la transparence des conclusions des évaluations* »¹⁶⁷⁰. La seconde a trait au financement, et donc à la qualité et à la pérennité du mécanisme, puisque le recours à des financements extrabudgétaires devient indispensable. Aussi, il est possible de regretter que les mécanismes plus originaux proposés lors des débats au sein de la Conférence des États Parties¹⁶⁷¹, et certainement mieux adaptés à l'ampleur de la convention de Mérida, n'aient pas été retenus.

689. Plusieurs caractéristiques du mécanisme actuel permettent d'émettre des doutes sur l'efficacité de la pression par les pairs.

En premier lieu, les évaluations ne sont pas destinées à être fréquentes. Chaque phase d'examen comprend deux cycles, d'une durée de cinq ans chacun, et un quart des États

¹⁶⁶⁷ *Terms of reference*, para. 37.

¹⁶⁶⁸ *Terms of reference*, para. 38.

¹⁶⁶⁹ À ce propos, v. M.-F. VERDUN, « Le mécanisme d'examen de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption : une difficile mise en place », *La Revue du GRASCO*, sept. 2012, pp. 76-78.

¹⁶⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final, para. 2.1.

¹⁶⁷¹ À propos de la création d'un organe de suivi secondaire et d'une évaluation régionale, v. M. ARNONE, L. S. BORLINI, « Follow-up procedures as specific cases of international supervision », in M. ARNONE, L. S. BORLINI (dir.), *Corruption : economic analysis and international law*, éd. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, pp. 443-478, spéc. p. 469.

Parties doit être examiné pendant chacune des quatre premières années de chaque cycle¹⁶⁷². Le premier cycle est consacré aux chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) tandis que le second cycle doit traiter des chapitres II (Mesures préventives) et V (Recouvrement d'avoirs)¹⁶⁷³. Aussi, en mai 2016, cinq États membres de l'UE n'ont toujours pas fait l'objet d'une évaluation¹⁶⁷⁴.

En deuxième lieu, la transparence du processus d'examen n'est pas assurée¹⁶⁷⁵ : non seulement le rapport final est négocié avec l'État examiné, mais les réponses aux questionnaires et le rapport adopté sont, par défaut, confidentiels. Or, à la différence de la pratique des États dans le cadre du GRECO, la confidentialité n'est pas systématiquement levée¹⁶⁷⁶, seule la publication d'un résumé analytique étant obligatoire¹⁶⁷⁷. Ainsi, sur les vingt-trois États membres de l'UE évalués jusqu'à présent, cinq n'ont publié que le résumé¹⁶⁷⁸ et seuls trois ont publié tous les documents¹⁶⁷⁹.

En troisième lieu, les procédures de suivi sont quasiment inexistantes, ce qui amoindrit l'intérêt d'investir dans un tel mécanisme. Le suivi des recommandations est dépendant de la phase d'examen suivante¹⁶⁸⁰ : chaque État Partie doit préparer des informations sur les progrès accomplis et les transmettre en même temps que ses réponses au questionnaire d'auto-évaluation. Aussi, il est possible d'espérer que les États examinateurs s'intéresseront à ces réponses lors de la visite sur place pour approfondir le suivi.

En quatrième lieu, la convention de Mérida contient de nombreuses dispositions facultatives et il n'est pas certain que les recommandations soient suffisantes pour inciter les États Parties à revenir sur leur position. La portée exacte du mécanisme d'examen s'avère donc, à cet égard, difficile à mesurer.

En cinquième lieu, les contraintes diplomatiques conduisent à affaiblir les pressions exercées. Ainsi, les principes directeurs¹⁶⁸¹ appuient sur le caractère intergouvernemental

¹⁶⁷² Résolution ONU 3/1, art. 3.

¹⁶⁷³ Résolution ONU 3/1, art. 4.

¹⁶⁷⁴ Allemagne, Belgique, Chypre, Danemark et République tchèque.

¹⁶⁷⁵ À ce propos, v. M. ARNONE, L. S. BORLINI, *op. cit.*, spéc. pp. 474-476.

¹⁶⁷⁶ Pour consulter les rapports publiés, v. URL : <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country-profile/index.html>

¹⁶⁷⁷ *Terms of reference*, para. 36.

¹⁶⁷⁸ Estonie, Hongrie, Pays-Bas, Pologne et Roumanie.

¹⁶⁷⁹ Finlande, Portugal et Royaume-Uni.

¹⁶⁸⁰ *Terms of reference*, para. 40.

¹⁶⁸¹ *Terms of reference*, para. 3 à 9.

du mécanisme, ce dernier ne devant établir aucune forme de classement et n'être ni accusatoire ni punitif. Les rapports doivent recenser les succès obtenus et les bonnes pratiques observées et, éventuellement, déterminer les besoins d'assistance technique de l'État examiné¹⁶⁸².

690. Il résulte de ce qui précède que la position de la Commission relative à la Convention de Mérida est fondée : « *plusieurs caractéristiques sont susceptibles de limiter la capacité du mécanisme d'examen de la convention à résoudre les problèmes liés à la corruption au niveau de l'UE : il s'agit d'un instrument intergouvernemental, le système d'examen croisé est susceptible d'omettre des domaines d'action particulièrement importants pour l'Union, il inclut des États Parties appliquant peut-être des normes anticorruption moins strictes que l'UE, les cycles d'examen seront d'une durée relativement longue, et les recommandations aux États parties qui ne sont pas appliquées risquent de n'être suivies qu'un nombre limité de fois* »¹⁶⁸³.

II. La création d'un mécanisme général d'évaluation

691. La mise en place d'un mécanisme de surveillance et d'évaluation propre à l'UE constitue un revirement de stratégie. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Commission a estimé que son rôle devait se limiter à contrôler la conformité des transpositions. Elle avance deux motifs pour justifier l'évolution opérée.

Premièrement, elle constate les limites qui affectent les évaluations conduites dans d'autres cadres internationaux (OCDE, GRECO et CNUCC)¹⁶⁸⁴. Les mécanismes existants ne parviennent pas à susciter un engagement politique suffisant pour combattre la corruption : il en résulte une ratification incomplète des traités, une transposition non conforme aux instruments internationaux et une mise en application insuffisante, lorsque les réformes ont été formellement entreprises. La Commission souhaite donc utiliser le « poids » de l'UE pour susciter un surcroît de volonté politique de la part des États membres. Elle considère que cette décision participe également à la stratégie de sécurité intérieure de l'UE : « *Le rapport anticorruption de l'UE procédera à une évaluation des réalisations, échecs et points vulnérables des États membres, en vue de renforcer la*

¹⁶⁸² *Terms of reference*, para. 30 et 32.

¹⁶⁸³ COM(2011) 308 final, para. 2.1.

¹⁶⁸⁴ V. *supra*, n^{os} 666. et s.

volonté politique de mettre en œuvre de véritables approches de tolérance zéro face à la corruption, d'encourager l'apprentissage par les pairs et de faciliter l'échange de meilleures pratiques »¹⁶⁸⁵.

Deuxièmement, la Commission estime avoir reçu un mandat de la part des institutions européennes. Ainsi, dans le programme de Stockholm, le Conseil européen, qui définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁶⁸⁶, invite la Commission à « mettre au point des indicateurs sur la base des systèmes existants et de critères communs pour mesurer l'effet des mesures de lutte contre la corruption, en particulier dans les domaines relevant de l'acquis (marchés publics, contrôle financier, etc.) »¹⁶⁸⁷. La formulation utilisée par le Conseil européen reste particulièrement vague, ce qui a entraîné une certaine résistance lors de la consultation des parties prenantes. À titre d'exemple, la France n'a pas été favorable à un système de « *notification* » ou d'évaluation et a motivé de manière détaillée sa position : la mesure irait à l'encontre du programme de Stockholm ; un tel mécanisme affaiblirait ceux déjà existants et conduirait à émettre des recommandations redondantes ou contradictoires, c'est-à-dire être inapplicables et sources de contentieux ; une forme d'évaluation par les pairs existe déjà dans l'UE par le biais du groupe de travail GENVAL ; les ministères compétents ont déjà des surcharges administratives en la matière ; et la Commission assure déjà un suivi¹⁶⁸⁸ et le système judiciaire assure la sanction de leur non-exécution¹⁶⁸⁹. Elle en déduit que « la création d'un tel système au sein de l'Union Européenne ne pourrait présenter un intérêt concret pour la lutte contre la corruption que dans la mesure où il ne dupliquerait pas les mécanismes existants, ce qui ne sera pas nécessairement évident compte tenu de leur nombre croissant »¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Premier rapport annuel sur la mise en œuvre de la stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne*, 25 nov. 2011, COM(2011) 790 final, pp. 14-15.

¹⁶⁸⁶ TFUE (Lisbonne), art. 68.

¹⁶⁸⁷ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE C* 115 du 4 mai 2010, pp. 1-38, spéc. p. 23.

¹⁶⁸⁸ Il est ici fait implicitement référence au suivi de la convention PIF et à celui de la décision-cadre sur la corruption dans le secteur privé.

¹⁶⁸⁹ Cette sanction est restée jusqu'à présent théorique et encadrée dans le cadre du 3^{ème} pilier.

¹⁶⁹⁰ Nous soulignons. Note de la délégation française, *réponses au questionnaire de la Commission dans le cadre de la consultation publique sur la future évaluation européenne des efforts de lutte contre la corruption*, déc. 2010, p. 2, URL : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2010/pdf/0007/contributions/publicauthorities/france_fr.pdf

Toutefois, la requête du Conseil européen n'est pas isolée. Antérieurement au programme de Stockholm, le Conseil de l'UE et le Parlement européen ont invité la Commission à envisager toutes les « options viables »¹⁶⁹¹, y compris la « création d'un système d'évaluation indépendant »¹⁶⁹². En 2010, le Parlement européen a réitéré son vœu en insistant sur la nécessité d'assurer un suivi efficace des conclusions¹⁶⁹³.

692. La Commission, qui estime disposer à présent de la légitimité nécessaire, interprète largement l'orientation fixée par le Conseil européen. En outre, malgré une influence limitée des groupes de suivi internationaux, les mécanismes d'évaluation mutuelle n'ont pas été entièrement inopérants et ne sont pas voués à disparaître à court ou moyen terme.

Le nouveau rapport anticorruption de l'Union européenne doit réaliser un équilibre délicat entre un mécanisme efficace et une coordination avec les autres organisations internationales, surtout que les visites sur place et l'approche directe, dont la Commission se prive, a largement contribué à améliorer la qualité des évaluations internationales. Aussi, la Commission a cherché à tirer bénéfice du « meilleur des deux mondes » en adoptant un mécanisme hybride (A). Toutefois, la question de la plus-value reste posée. Après l'expérience du premier rapport anticorruption de l'UE, les doutes persistent (B).

A. Un suivi hybride

693. Fondement juridique. La décision du 6 juin 2011 instituant un « mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique » est adoptée au visa du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. En effet, sur le fondement de l'article 67§3 TFUE, l'Union dispose d'un droit général d'intervention pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité et de lutte contre celle-ci. Cette compétence couvre le domaine des politiques de lutte contre la corruption, conformément aux limites définies

¹⁶⁹¹ Résolution du Conseil relative à une politique globale de l'UE contre la corruption, 14 avril 2005, non publiée ; v. Résultats des travaux du Comité de l'article 36 (Conseil), Annexe, 2 mars 2005, Doc. n° 6902/05. Dès 2005, la Commission ne souhaite pas « réduire » le suivi aux instruments de l'Union européenne ; v. Note du Secrétariat du Conseil, 8 avr. 2005, Doc. n° 6901/2/05 REV 2.

¹⁶⁹² Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social « Lutte contre la corruption : instruments et recommandations », 4 déc. 2003, T5-0542/2003, para. 14.

¹⁶⁹³ Déclaration du Parlement européen du 18 mai 2010 sur les efforts de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption, 18 mai 2010, T7-0176/2010, para. 1 et 2.

par le TFUE. Or, dans le préambule de la décision susmentionnée, la Commission européenne semble effectuer une lecture combinée de l'article 67§3 TFUE et 83 TFUE. En effet, l'article 83 TFUE, et plus précisément son premier paragraphe, est utilisé pour rappeler que le droit primaire définit la corruption comme un domaine de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière. Les effets négatifs de cette infraction sur le marché intérieur, la concurrence et l'utilisation des ressources de l'Union ainsi que son emploi par la criminalité organisée sont alors mis en avant.

Or, il apparaît paradoxal que la Commission européenne se réfère à l'article 83 TFUE qui a pour objet l'harmonisation du droit pénal substantiel, alors qu'elle refuse d'utiliser ce même fondement pour soumettre une nouvelle initiative législative en la matière. Toutefois, il semble possible d'y voir, très indirectement, une lecture large de l'eurocrime de corruption qui tend à confirmer l'idée selon laquelle l'UE pourrait adopter une directive d'harmonisation du droit pénal substantiel qui recouvre la corruption privée et publique, nationale et transnationale, y compris des agents publics autres qu'européens.

694. Définition de la corruption. Pour les besoins du rapport anticorruption, la Commission retient une définition encore plus large de la corruption, similaire à celle utilisée par les Nations Unies ou la Banque Mondiale : il s'agit d'un « *abus de pouvoir aux fins d'un profit privé* »¹⁶⁹⁴. Elle ajoute : « *Cette définition couvre donc des actes de corruption spécifiques et les mesures spécifiquement arrêtées par les États membres pour prévenir ou sanctionner des actes définis comme tels par la législation, mais vise également une série de domaines et de mesures qui ont une incidence sur le risque de corruption et sur la capacité à le maîtriser* »¹⁶⁹⁵. Aussi, il s'agit bien d'un mécanisme « général » de surveillance, entièrement déconnecté des instruments adoptés jusqu'à présent par l'UE. Il se différencie des mandats du groupe de travail de l'OCDE, du GRECO ou du mécanisme d'évaluation de la convention de Mérida, qui se rattachent tous à leurs propres instruments, qu'ils soient ou non contraignants.

695. Relation avec le MCV. L'accompagnement des États membres dans la mise en œuvre de leur politique anticorruption au niveau national est une action déjà expérimentée

¹⁶⁹⁴ À ce propos, v. A. ROUX, « Mesurer les écarts entre le droit, les représentations et le fait : la corruption comme défi au droit », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI et A. ROUX (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 59-68, spéc. pp. 60-62.

¹⁶⁹⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 2.

par l'Union sur la Bulgarie¹⁶⁹⁶ et la Roumanie¹⁶⁹⁷, lors de leur adhésion en 2007, par le biais du « mécanisme de coopération et de vérification » (ci-après, « MCV ») : « *lors de la création du Rapport anti-corruption de l'Union en 2011, qui n'est autre qu'un mécanisme de suivi concernant tous les États membres de l'Union et non plus seulement les États entrants, la Commissaire aux affaires intérieures, Cecilia Malmström, ne s'était pas privée d'annoncer que le nouveau mécanisme de surveillance s'inspirerait de l'expérience acquise en Roumanie et Bulgarie* »¹⁶⁹⁸.

Néanmoins, les mécanismes ne se confondent pas. Ils se distinguent tout d'abord par la finalité poursuivie, le MCV ne se réduisant pas à la lutte contre la corruption, mais évaluant également la réforme du système judiciaire et la lutte contre la criminalité organisée. L'objectif principal de ce dernier, qui s'inscrit dans une action plus vaste menée dans le cadre de l'élargissement de l'Union et de la politique de voisinage¹⁶⁹⁹, est d'assurer le respect de l'État de droit¹⁷⁰⁰, afin d'éviter tout dysfonctionnement du marché intérieur ou tout manquement dans « *la transposition, l'état d'avancement de la mise en œuvre ou l'application d'actes adoptés sur la base du titre VI du traité UE ou d'actes adoptés sur la base du titre IV du traité CE* »¹⁷⁰¹. Dans l'hypothèse où les objectifs ne sont pas atteints, la Commission s'estimerait fondée à suspendre l'obligation des autres États membres de reconnaître et d'exécuter les jugements et décisions judiciaires bulgares ou roumaines, comme le mandat d'arrêt européen¹⁷⁰². Le but n'est donc pas d'assurer le respect des standards internationaux, mais l'intégrité et la stabilité des institutions des nouveaux États membres, afin d'établir une confiance réciproque et permettre le fonctionnement des instruments de reconnaissance mutuelle.

¹⁶⁹⁶ Décision de la Commission du 13/XII/2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Bulgarie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption et la criminalité organisée, 13 déc. 2006, C(2006) 6570 final.

¹⁶⁹⁷ Décision de la Commission du 13/XII/2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption, 13 déc. 2006, C(2006) 6569 final.

¹⁶⁹⁸ J. LELIEUR, « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX, *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires Aix-Marseille, 2015, pp. 89-106, spéc. p. 94.

¹⁶⁹⁹ V. MITSILEGAS, « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (dir.), *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives*, éd. Cambridge University Press, 2013, pp. 160-195, spéc. pp. 175-182.

¹⁷⁰⁰ C(2006) 6569 final, Préambule, cons. 1.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, cons. 5.

¹⁷⁰² *Ibid.*, cons. 7.

Même s'il marque un infléchissement en direction de l'État de droit¹⁷⁰³, le rapport anticorruption de l'UE cherche à susciter un surcroît de volonté politique pour assurer la transposition et la mise en œuvre des instruments internationaux de lutte contre la corruption, quel que soit le but poursuivi par ces derniers (intérêts financiers de l'UE, transactions commerciales internationales, distorsions de concurrence, État de droit, etc.). Le non-respect des recommandations ne peut entraîner qu'une critique sévère dans le rapport suivant, une nouvelle action législative, voire, en cas de mauvaise transposition la saisine de la Cour de Justice.

696. Ensuite, les moyens employés divergent. Dans le cadre du MCV, la Roumanie et la Bulgarie doivent assumer une charge administrative supplémentaire et fournir toutes les informations pertinentes à la Commission. Cette dernière est également en relation directe avec les autorités des pays concernés et peut fournir une assistance technique. Son évaluation ne se fait pas nécessairement au regard d'engagements internationaux précis et elle n'hésite pas à aborder les réponses insatisfaisantes à certaines allégations d'irrégularités¹⁷⁰⁴. Il y a donc peu de références aux évaluations des organisations internationales ou même aux conclusions du rapport anticorruption de l'UE. À l'inverse, ce dernier se sert d'une myriade de sources dont les conclusions du MCV pour nourrir les chapitres nationaux de la Bulgarie et de la Roumanie.

Aussi, le rapport anticorruption de l'UE ne remplace pas les évaluations conduites dans le cadre du MCV. Toutefois, à l'encontre des États qui sont soumis au MCV, il contribue à maintenir une exigence de respect des standards anticorruption internationaux et prolonge donc naturellement son action : « *Au terme de la procédure MCV, le présent rapport maintiendra le suivi sur les questions qui sont pertinentes dans le contexte de la corruption* »¹⁷⁰⁵.

697. Causes de la nature hybride. La nature hybride du mécanisme de surveillance résulte de la volonté de concilier deux intérêts contraires. D'un côté, la Commission souhaite obtenir des informations complètes, précises et à jour afin de pouvoir procéder à une évaluation approfondie. De l'autre, les États membres refusent toute nouvelle

¹⁷⁰³ V. *infra*, n° 702.

¹⁷⁰⁴ Par ex., pour la Bulgarie, la Commission s'intéresse aux irrégularités au sein du Tribunal de la ville de Sofia ; v. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Bulgarie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 28 janv. 2015, COM(2015) 36 final, p. 5.

¹⁷⁰⁵ COM(2014) 38 final, p. 43.

surcharge administrative : le Conseil européen invite la Commission à mettre au point des indicateurs, « *sur la base des systèmes existants et de critères communs* »¹⁷⁰⁶. Les États membres sont déjà soumis à des procédures d'évaluation mutuelle lourdes qui supposent une auto-évaluation, l'organisation de visites sur place et la participation en tant qu'évaluateurs aux différents organes de suivi¹⁷⁰⁷. À titre d'exemple, en 2011 et 2012, l'Italie a été soumise en même temps à la procédure de conformité du deuxième cycle du GRECO, ainsi qu'aux évaluations de la phase trois du groupe de travail de l'OCDE et du troisième cycle du GRECO¹⁷⁰⁸. La participation des représentants aux différents groupes de suivi internationaux a également tendance à se faire rare : les comptes rendus des réunions du GRECO, par exemple, laissent souvent apparaître les experts comme « excusés » dans la liste des participants¹⁷⁰⁹. Enfin, l'expérience des rapports de conformité de la Commission tend à démontrer qu'il n'est pas possible d'obtenir les informations souhaitées en cas de mauvaise volonté des États membres.

Aussi, la Commission a insisté sur la complémentarité de son rapport avec les autres examens internationaux : « *Pour établir le rapport anticorruption de l'UE, la Commission coopérera avec les mécanismes de surveillance et d'évaluation existants, de manière à éviter des surcharges administratives pour les États membres et les doubles emplois* »¹⁷¹⁰. La coopération avec d'autres mécanismes est réitérée à l'article 6 de la décision instituant le mécanisme de suivi de l'UE¹⁷¹¹. De surcroît, l'article 5 de la décision précitée, relatif aux « *limites du rapport anticorruption de l'UE* », précise que le suivi ne se substitue pas aux mécanismes existants : « *L'établissement du rapport anticorruption de l'UE ne préjuge en rien de la participation des États membres à des mécanismes de suivi régionaux et/ou internationaux, ni des obligations incombant aux États membres dans le cadre de ces mécanismes* ».

698. Nature hybride du mécanisme. Le mécanisme de suivi, aux fins de l'évaluation des mesures prises pour lutter contre la corruption, est périodique et non confidentiel : le

¹⁷⁰⁶ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115 du 4 mai 2010, pp. 1-38, spéc. p. 23.

¹⁷⁰⁷ V. *supra*, n^{os} 666. et s.

¹⁷⁰⁸ L. SALAZAR, « Monitoring International Instruments against Corruption – Any Need for Better Coordination... ? », *eucrim*, n^o 1, 2012, pp. 20-24, spéc. p. 23.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, pp. 24-25.

¹⁷¹⁰ COM(2011) 308 final, p. 7.

¹⁷¹¹ Décision de la Commission du 6 juin 2011 instituant un mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique (« rapport anticorruption de l'UE »), C(2011) 3673 final.

rapport de l'UE doit être, en principe, publié tous les deux ans¹⁷¹². La nature hybride du rapport découle de son utilisation importante des évaluations mutuelles tout en employant les méthodes d'un contrôle supranational.

En effet, le suivi de l'UE va au-delà de la simple coordination avec les mécanismes existants. La « matière première » du rapport est constituée des évaluations conduites dans d'autres cadres internationaux : « *Il est basé sur l'abondance d'informations disponibles provenant des mécanismes de surveillance existants* »¹⁷¹³. Aussi, sans questionnaire préalable ou visite sur place, et sans recourir à une procédure lourde pour les États membres, la Commission européenne entend bénéficier de toutes les vertus (précisions, bonnes pratiques, discussions sur des affaires spécifiques, etc.) de l'évaluation mutuelle. Mis à part certains autres domaines qui font l'objet de nombreuses évaluations, comme le blanchiment d'argent (GAFI et MONEYVAL), peu d'incriminations sont soumises à un suivi équivalent au plan international et pourraient bénéficier d'une méthode similaire. Il peut apparaître paradoxal de voir la Commission attendre la dépilarisation opérée par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour adopter un rapport proche d'une méthode intergouvernementale (évaluation mutuelle¹⁷¹⁴ et recommandations non contraignantes).

699. Le rapport est cependant complété par une forme d'intégration du suivi qui résulte de toutes les mesures entreprises au niveau supranational pour parvenir à une évaluation autonome.

Tout d'abord, une diversification des sources est assurée : les informations récoltées émanent notamment des autorités publiques nationales, des recherches menées par les établissements universitaires, des experts indépendants, des groupes de réflexion, des organisations de la société civile¹⁷¹⁵. Le recours à des sources externes spécifiques est précisé, le cas échéant, dans le rapport anticorruption, mais l'influence de ces sources (notamment celles qui ne font l'objet d'aucune publication comme les ressources gouvernementales ou les experts indépendants) est difficile à mesurer. En outre, la

¹⁷¹² C(2011) 3673 final, art. 4.

¹⁷¹³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 42.

¹⁷¹⁴ L'art. 70 TFUE consacre au sein de l'ELSJ la possibilité d'une évaluation mutuelle. Mais il est possible de relever que le mécanisme a été explicitement encadré : cette méthode ne se substitue pas au recours en manquement et ne peut être mise en œuvre que sur proposition de la Commission et à condition qu'elle y collabore.

¹⁷¹⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 42-43.

Commission entend tirer profit de l'expérience des agences de l'UE en examinant les conclusions des rapports d'Europol, Eurojust et de l'OLAF et en tenant compte des évaluations commandées par les institutions européennes. Ainsi, le thème transversal choisi dans le premier rapport anticorruption (les marchés publics) a pu être alimenté grâce à une étude détaillée sur les marchés publics impliquant des fonds de l'UE¹⁷¹⁶, entreprise à l'initiative du Parlement européen et commandée par l'OLAF. De même les données récoltées dans le cadre du MCV¹⁷¹⁷ et des mécanismes de préadhésion sont utilisées. Enfin, les statistiques de l'Eurobaromètre permettent un suivi de l'opinion publique européenne.

700. Ensuite, le rapport est géré par la Direction Générale des Affaires Intérieures¹⁷¹⁸ au sein de la Commission (ce qui le distingue des évaluations relatives à la protection des intérêts financiers réalisées au sein de l'OLAF), mais cette dernière est assistée par un groupe d'experts ainsi que par un réseau de correspondants de recherche (un point de contact par État membre). Dans les deux cas, la Commission nomme les experts et correspondants à la suite d'une procédure d'appel ouvert¹⁷¹⁹. Le réseau de correspondants de recherche permet de compléter la diversification des sources et peut prolonger les travaux entrepris dans le cadre du rapport anticorruption. Ainsi, les correspondants nommés mènent actuellement une étude relative aux marchés publics de taille importante, d'un point de vue local¹⁷²⁰.

Parallèlement, la création d'un groupe d'experts afin de soutenir les travaux de la Commission résulte d'une décision du 28 septembre 2011¹⁷²¹ qui prévoit une représentation équilibrée sur les plans tant institutionnel et professionnel que géographique. Les dix-sept experts sont nommés à titre personnel (ils ne représentent pas l'institution pour laquelle ils travaillent) pour quatre ans et doivent agir en toute indépendance dans l'intérêt public, ce qui n'empêche les membres effectivement nommés de provenir d'horizons divers et d'exercer des fonctions tant publiques que privées

¹⁷¹⁶ Rapport de Pricewaterhouse et ECORYS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption*, 30 juin 2013.

¹⁷¹⁷ V. *supra*, n° 695.

¹⁷¹⁸ En anglais, « *DG Home* ».

¹⁷¹⁹ C(2011) 3673 final, art. 3. Concernant l'appel d'offre du réseau de correspondants de recherche, v. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/financing/tenders/2011/2011_13_en.htm

¹⁷²⁰ Compte-rendu de réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016, point 3.

¹⁷²¹ Décision de la Commission du 28 septembre 2011 portant création du groupe d'experts sur la corruption, *JOUE C 286* du 30 sept. 2011, pp. 4-11.

(avocats, magistrats, économistes, procureurs, etc.). À titre d'exemple, le seul expert de nationalité française dirigeait également, jusqu'en janvier 2016¹⁷²², le Service Central de Répression de la Corruption. Ces experts se réunissent en moyenne une fois tous les trois à six mois afin de discuter du rapport anticorruption en présence des membres de la Commission (personnels de la DG des Affaires Intérieures). Une certaine transparence est assurée puisque la Commission a l'obligation de publier, sur Internet¹⁷²³, les informations pertinentes concernant les activités menées par le groupe¹⁷²⁴ : en pratique, il s'agit généralement du programme et du compte rendu de réunion.

Enfin, la Commission européenne a envisagé le développement d'un programme de partage des expériences en lien direct avec le rapport anticorruption de l'UE pour « *aider les États membres, les ONG locales ou d'autres parties prenantes à identifier les lacunes des politiques anticorruption et les meilleures pratiques, à sensibiliser à cette thématique ou à assurer des formations* »¹⁷²⁵. Cette idée participe de la même dynamique d'une influence de l'Union européenne à travers des outils non contraignants. L'expression de « *partie prenante* » rappelle d'ailleurs les réflexions entourant le développement de la Responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE)¹⁷²⁶. La Commission a finalement décidé de mettre en place le programme susmentionné et des sessions ont été organisées en 2015 et 2016 sur les systèmes effectifs de déclaration de patrimoine, les lanceurs d'alerte, la corruption dans le secteur de la santé, la prévention de la corruption dans les marchés publics au niveau local et régional, et sur la corruption dans le secteur privé¹⁷²⁷.

¹⁷²² D. du 1er janvier 2016 portant nomination du chef du service central de prévention de la corruption - Mme SIMÉONI (Xavière), *JORF*, 3 janv. 2016, texte n° 61.

¹⁷²³ Tous les documents du groupe d'experts sont disponibles sur le site officiel de la Commission, v. URL : <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2725>

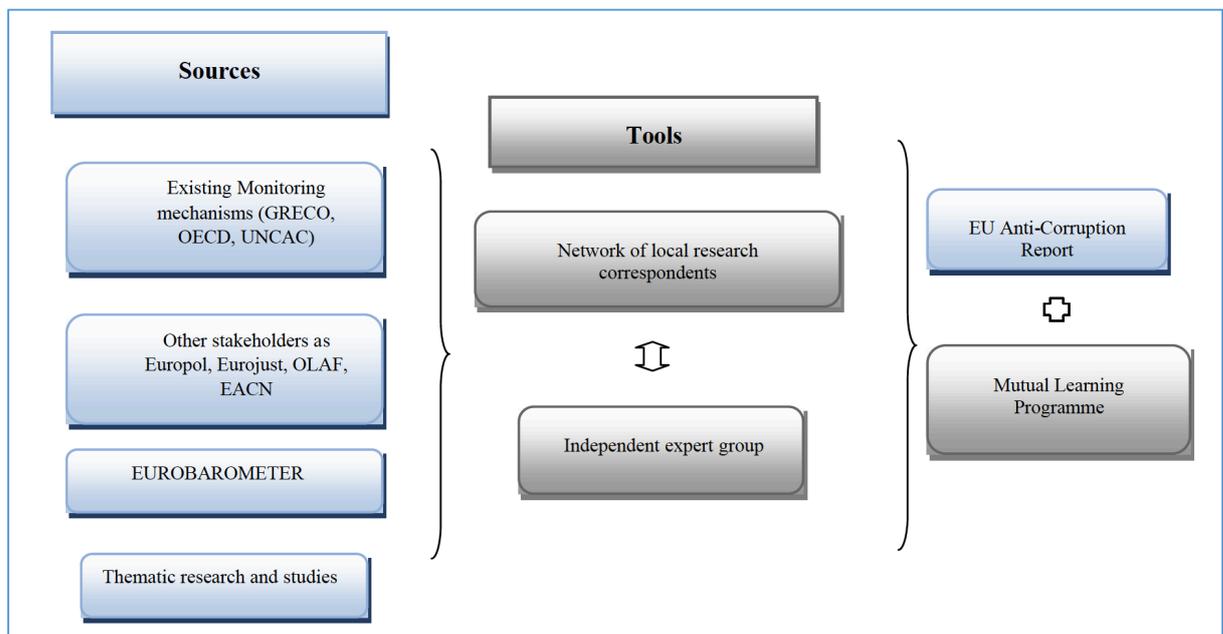
¹⁷²⁴ Décision de la Commission du 28 septembre 2011 portant création du groupe d'experts sur la corruption, art. 5§10, *JOUE* C 286 du 30 sept. 2011.

¹⁷²⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 8.

¹⁷²⁶ Par ex., v. F. VERDUN, « Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, septembre 2011, dossier 31 : « la responsabilité sociétale va insister sur la notion de partie prenante, c'est-à-dire, selon la norme précitée, l'individu ou groupe ayant intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation. L'entreprise est ainsi invitée à identifier ses parties prenantes, mesurer les effets que produisent ses actions sur lesdites parties prenantes et adopter vis-à-vis d'elles un comportement éthique ». La Commission européenne utilise également la notion de partie prenante pour définir la RSE. À ce propos, v. COM(2001) 366 final, para. 20 : « La plupart des définitions de la responsabilité sociale des entreprises décrivent ce concept comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ».

¹⁷²⁷ Le résumé de toutes les sessions est publié sur le site de la DG des Affaires Intérieures. URL : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/experience-sharing-programme/index_en.htm

Le programme de partage des expériences remplit deux fonctions principales. Premièrement, il fournit un outil d'apprentissage mutuel qui, en théorie, est absent des évaluations supranationales. Deuxièmement, il cherche à prolonger l'influence du rapport anticorruption qui ne peut entraîner de modification concrète par la seule publication de ses conclusions. Aussi, en organisant des ateliers, la Commission entend promouvoir sa propre évaluation. Certains membres du groupe d'experts sur la corruption ont donc soumis l'idée d'utiliser ces programmes afin de toucher un public plus large en organisant, à côté des sessions confidentielles et techniques, des événements publics autour du rapport anticorruption et de lui assurer par ce biais une plus grande publicité¹⁷²⁸. Le rôle du programme de partage des expériences pourrait donc être amené à évoluer et constitue un outil supplémentaire d'influence.



Le mécanisme général de suivi de l'UE / Source : SEC(2011) 660 (draft), p. 19.

URL : http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0660_en.pdf

B. Les lacunes de la première édition du rapport anticorruption de l'UE

701. Le premier rapport anticorruption de l'UE prend la forme d'une communication de la Commission, en date du 3 février 2014, au Conseil et au Parlement européen¹⁷²⁹. Quelques mois plus tard, la Cour des comptes européenne (ci-après, « CCE ») a exprimé

¹⁷²⁸ Compte rendu de réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 11, 11 juin 2014, p. 2.

¹⁷²⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.

une position critique sur celui-ci¹⁷³⁰, suivie par les conclusions du Conseil Justice et Affaires Intérieures (ci-après, « Conseil JAI »)¹⁷³¹. Avant d'examiner les principales lacunes de ce premier rapport, sa structure et ses principaux apports doivent être abordés.

702. Le rapport anticorruption est structuré en chapitres : un chapitre transversal (tendances en matière de corruption à travers l'UE, principales conclusions et suggestions), un chapitre thématique (élément clé commun revêtant un intérêt particulier à l'échelle de l'UE), et des chapitres nationaux afin de mettre en évidence les éléments clés de chaque État membre et de formuler des recommandations sur mesure. Ces chapitres sont complétés par une introduction (contexte politique et objectifs), par les résultats des enquêtes Eurobaromètre (sondages d'opinion) et par une annexe sur la méthodologie.

À travers son chapitre transversal et ses chapitres nationaux, le rapport anticorruption élabore une synthèse des principales initiatives de lutte contre la corruption par les États membres. Il permet une première approche contextualisée sur les problématiques clés rencontrées et sur les efforts fournis jusqu'à présent pour y répondre. Le chapitre transversal permet également d'identifier certaines tendances et domaines à risque pertinents au niveau européen ou pour un groupe d'États membres (petite corruption, corruption au niveau régional et local, secteurs vulnérables comme la construction immobilière, la santé, l'administration fiscale, secteur financier, corruption transnationale, entreprises publiques, criminalité organisée). La même vertu peut être reconnue au chapitre thématique qui s'attache, pour le premier rapport, à la question de la corruption dans les marchés publics. Aussi, le rapport anticorruption permet de focaliser l'attention des États membres sur une thématique particulière. La réflexion sur cette dernière est ensuite appelée à être prolongée par le programme de partage des expériences¹⁷³² ou par des études réalisées par le réseau des correspondants de recherche¹⁷³³. Par sa globalité, le rapport anticorruption participe à une plus grande intégrité et transparence au sein de l'administration des États membres et de certains secteurs sensibles (bonne gouvernance). Dans sa forme actuelle, il constitue donc

¹⁷³⁰ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN.

¹⁷³¹ Conclusions du Conseil sur le rapport anticorruption de l'UE, 5 et 6 juin 2014, URL : <http://www.gr2014.eu/sites/default/files/anticorruption.pdf>

¹⁷³² La session du 25 février 2016 a eu pour thème la prévention de la corruption dans les marchés publics au niveau local ou régional.

¹⁷³³ Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016, p. 3.

principalement un outil de promotion de l'État de droit essentiellement à travers des mesures préventives.

La Commission a d'emblée annoncé que sa méthodologie fera l'objet d'un réexamen et qu'elle cherchera à tirer des enseignements des critiques émises¹⁷³⁴. Le caractère évolutif de la procédure d'évaluation apparaît fondamental compte tenu des nombreuses carences qu'il est possible de relever.

703. Périodicité. À titre liminaire, et avant tout examen du contenu, l'expérience de la première évaluation tend à démontrer que la publication du rapport anticorruption ne suit pas des intervalles réguliers. En effet, le rapport est, en principe, bisannuel et sa première édition devait être publiée en 2013¹⁷³⁵. Or, sa divulgation n'est intervenue qu'en février 2014, et la seconde édition est prévue pour octobre 2016¹⁷³⁶. Aussi, deux ans et demi semblent en pratique nécessaires pour conduire les évaluations. Cette période semble incompressible et devrait même s'allonger, dans l'hypothèse où le rapport anticorruption est étoffé.

Par ailleurs, durant la période de préparation, une certaine opacité entoure l'avancement des travaux. Ainsi, en avril 2016, une députée européenne a interpellé la Commission afin de connaître l'état d'avancement du second rapport, mais également de s'informer sur les démarches entreprises par l'UE pour suivre la mise en œuvre par les États membres des recommandations déjà formulées¹⁷³⁷. En 2011, le Parlement européen avait d'ailleurs demandé à la Commission d'envisager la production de rapports intermédiaires dans le contexte de la crise économique¹⁷³⁸.

Aussi, la méthodologie pourrait être légèrement révisée avec une publication du rapport anticorruption tous les trois ans, et la production d'un rapport à mi-parcours, pour rendre compte de l'avancement, informer d'éventuelles difficultés, ou fournir une analyse thématique si le contexte européen s'y prête.

¹⁷³⁴ COM(2014) 38 final, p. 6.

¹⁷³⁵ Décision de la Commission du 6 juin 2011 instituant un mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique (« rapport anticorruption de l'UE »), C(2011) 3673 final, art. 4.

¹⁷³⁶ Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016, p. 1.

¹⁷³⁷ Question avec demande de réponse écrite à la Commission, E-002860-16, 7 avril 2016. URL : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2016-002860+0+DOC+XML+V0//FR

¹⁷³⁸ Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2011 sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption, *Comblant l'écart entre la législation relative à la lutte contre la corruption et la réalité*, T7-0388/2011, para. 6 et 22.

704. Évaluation des institutions UE. Malgré l'éventail important des problématiques abordées, le rapport anticorruption ne fournit aucune analyse de l'intégrité de ses propres institutions et organes. Une telle étude a pour le moment été sous-traitée à une association anticorruption¹⁷³⁹, qui n'a cependant pas été prolongée par une évaluation de la part de la Commission, alors que la même source a été utilisée pour évaluer les administrations des États membres. Un chapitre spécial semble avoir été initialement envisagé puis abandonné¹⁷⁴⁰. Or, l'absence d'évaluation des institutions UE constitue la principale critique adressée à la Commission tant par les organisations de la société civile¹⁷⁴¹ que par les autres institutions et organes européens (Conseil JAI¹⁷⁴², Médiateur européen¹⁷⁴³, groupe d'experts sur la corruption¹⁷⁴⁴). La CCE rappelle, d'une manière générale, que l'action de l'UE s'appuie sur le principe de transparence¹⁷⁴⁵ et que la transparence et l'intégrité sont des conditions fondamentales pour combattre la fraude et la corruption¹⁷⁴⁶.

L'évaluation des standards anticorruption en vigueur au sein des institutions UE doit, en principe, faire l'objet d'une auto-évaluation dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la convention des Nations Unies contre la corruption¹⁷⁴⁷, mais peut également faire l'objet d'une évaluation mutuelle par le biais du GRECO¹⁷⁴⁸. Aussi, il est reproché à la Commission de ne pas avoir mené à leur terme les négociations avec le Conseil de

¹⁷³⁹ L'association Transparency International a conduit des études relatives au « Système National d'Intégrité », financées par la direction générale des Affaires intérieures de la Commission européenne, dans 26 États membres de l'Union européenne. Pour la France, v. Rapport de l'association Transparency International France, *Système National d'Intégrité - Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, déc. 2011, URL : http://archive.transparency-france.org/e_upload/pdf/rapport_sni_transparence_international_france.pdf. Une étude comparative a par la suite été réalisée, v. Rapport de l'association Transparency International, *Money, Politics, Power : corruption risks in Europe*, 6 juin 2012, URL : http://archive.transparency-france.org/e_upload/pdf/ti_moneypoliticspower_corruptionrisksineurope_embargoed.pdf ; pour un résumé, v. égal. T. ROUHETTE, C. COSLIN, « “Argent, pouvoir et politique : les risques de corruption en Europe” : le rapport publié par Transparency International le 6 juin 2012 », *AJ Pénal*, 2013, p. 84.

¹⁷⁴⁰ Note de la Présidence du Conseil, 14 avril 2014, Doc. n° 8943/14, p. 1.

¹⁷⁴¹ Communication de Transparency International UE, *We have an EU Anti-Corruption Report : so now what ?*, 3 févr. 2014, URL : <http://www.transparencyinternational.eu/2014/02/we-have-an-eu-anti-corruption-report-so-now-what/>

¹⁷⁴² Conclusions du Conseil sur le rapport anticorruption de l'UE, 5 et 6 juin 2014, para. 6.

¹⁷⁴³ Communiqué de presse de la Médiatrice européen, *La Médiatrice demande à la Commission d'inclure la performance de l'administration de l'UE dans le prochain rapport anticorruption*, 4 févr. 2014, n° 4/2014.

¹⁷⁴⁴ Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016, p. 1.

¹⁷⁴⁵ TFUE (Lisbonne), art. 15.

¹⁷⁴⁶ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, p. 3 et p. 6.

¹⁷⁴⁷ V. *supra*, n°s 529. et s.

¹⁷⁴⁸ V. *infra*, n°s 731. et s.

l'Europe : « *il est difficile d'expliquer aux citoyens de l'UE que les institutions nationales de ses 28 États membres sont évaluées au regard des normes anticorruption du Conseil de l'Europe, alors que l'administration de l'UE ne l'est pas* »¹⁷⁴⁹.

705. Contenu. Le contenu du premier rapport anticorruption semble incomplet à plusieurs égards. Tout d'abord, les chapitres nationaux se contentent fréquemment¹⁷⁵⁰ de reprendre les conclusions des organisations internationales (GRECO, OCDE ou UNCAC) sans les prolonger et sans vérifier avec l'État membre concerné si des mesures ont été adoptées depuis ou sont en cours d'adoption.

Par ailleurs, aucun suivi sur la mise en œuvre des instruments propres à l'UE n'est réalisé. En effet, celui-ci reste réservé aux rapports de conformité¹⁷⁵¹ et nécessiterait une évaluation autonome des droits positifs peu compatible avec la volonté de ne pas soumettre les États membres à une surcharge administrative. Aussi, seules les conclusions du dernier rapport de conformité relatives à la décision-cadre du 22 juillet 2003 sont mentionnées : la convention de Bruxelles n'a fait l'objet d'aucun rapport de conformité et aucune allusion n'est faite aux évaluations sur la protection des intérêts financiers conduites par l'OLAF dans ses rapports annuels ou par la Commission dans ses rapports de conformité de 2004 et 2008. La CCE a d'ailleurs remarqué que la Commission européenne ne tirait pas profit du travail de l'OLAF pour approfondir la réflexion : « *le rapport n'établit aucun lien avec les constatations de l'OLAF, l'Office de lutte antifraude de l'UE. Il ne comporte donc pas les informations qui sont nécessaires au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux des États membres pour étayer les décisions politiques relatives à des mesures de lutte contre la fraude et contre la corruption* »¹⁷⁵². Seule la proposition de directive PIF est mentionnée pour rappeler la définition large de la notion « d'agent public » (permettant d'inclure les personnes

¹⁷⁴⁹ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, p. 6.

¹⁷⁵⁰ Un contre-exemple tend à démontrer une évaluation autonome par le rapport anticorruption de l'UE. Ainsi, l'une des recommandations du chapitre relatif à l'Autriche est l'amélioration des procédures de levée du secret bancaire en cas de suspicions de corruption. La problématique avait été abordée en 2012 par l'OCDE dans le cadre de son évaluation de cycle 3. Or, le rapport anticorruption de l'UE a tenu compte du décret du Ministre de la Justice autrichien, en date du 13 août 2013, alors qu'aucune organisation internationale (OCDE, GRECO et UNCAC) n'avait publié d'information sur cette évolution. À ce propos, v. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, Annexe 20 sur l'Autriche, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 8.

¹⁷⁵¹ V. *supra*, n^{os} 650. et s.

¹⁷⁵² Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, para. 4.

investies d'un mandat législatif) qui n'a pas obtenu le soutien du Parlement européen et du Conseil¹⁷⁵³.

706. Évaluation qualitative. La méthodologie adoptée repose sur « une évaluation qualitative plutôt que quantitative. Cela signifie que cette évaluation repose sur une évaluation de fond de chaque pays »¹⁷⁵⁴. Or, peu de réflexions autonomes ont été développées par la Commission qui ne s'est pas simplement inspirée « en les étayant » des recommandations formulées par les autres organisations internationales¹⁷⁵⁵. À titre d'exemple, chaque partie du chapitre sur la France se termine par une simple référence aux observations formulées par une institution ou une organisation internationale : « *le SCPC a toutefois décelé* » ; « *l'OCDE a également constaté [...] enfin, elle a pointé* » ; « *en 2012, l'OCDE a invité* » ; « *deux ans plus tard, en 2013, le GRECO a réexprimé* ». De même la majorité des affaires de corruption ne sont évoquées que si elles figurent déjà dans un autre rapport et il n'est effectué aucune analyse supplémentaire. Peu d'analyses comparées sont fournies et le chapitre transversal ne nomme les États membres que pour mettre en avant les bonnes pratiques, ce qui laisse penser que l'exercice reste éminemment diplomatique. Aussi, il n'est pas étonnant que la CCE juge le rapport anticorruption « *essentiellement descriptif et trop peu analytique ; il ne s'appuie pas sur des constatations substantielles* »¹⁷⁵⁶, et ne « *repose pas sur des éléments probants rigoureux* »¹⁷⁵⁷. *De surcroît, l'efficacité et l'incidence des mesures anticorruption ne sont pas analysées et « il n'existe pas d'analyse (transnationale) comparative qui permettrait de déterminer quels facteurs contextuels sont importants, et pourquoi »*¹⁷⁵⁸.

707. Droit pénal. L'étude des dispositions répressives est finalement relayée au second plan. D'un point de vue formel, le rapport transversal est particulièrement restreint à ce sujet : il aborde le droit pénal en trois paragraphes puis l'efficacité des agences anticorruption et les capacités des autorités répressives. S'agissant du fond, il s'avère très général et lapidaire : « *Certains États membres ont procédé à des réformes de leur droit pénal et de leur procédure pénale ou envisagent de le faire. Un objectif commun consiste*

¹⁷⁵³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 10.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷⁵⁶ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, para. 24.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, para. 18.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, encadré 3.

à rendre les procédures plus efficaces et plus rapides, et à renforcer les instruments de lutte contre la corruption (notamment par une meilleure définition des infractions, un alourdissement des sanctions dans certains cas et l'instauration d'une procédure accélérée). Pour établir la frontière tenue entre comportement licite et illicite, certains États membres ont encore un champ d'incrimination restreint »¹⁷⁵⁹. Le principal intérêt de ce paragraphe est la référence à l'instauration d'une procédure accélérée¹⁷⁶⁰ (en anglais, « *fast-track procedure* »), puisqu'il s'agit de la première fois que la Commission émet un avis sur ce type de procédures, en droit pénal. Or, non seulement la réflexion n'est pas approfondie, mais il est difficile de trouver où le sujet a été abordé dans les chapitres nationaux.

708. Évaluation quantitative. Chaque chapitre national est accompagné des résultats de sondages d'opinion Eurobaromètre sur les perceptions et l'expérience des Européens en matière de corruption. À cette fin, deux enquêtes ont été effectuées en 2013, en tenant compte des besoins spécifiques du rapport anticorruption de l'UE¹⁷⁶¹ : un « rapport Eurobaromètre spécial »¹⁷⁶² et un « rapport Eurobaromètre Flash »¹⁷⁶³ sur les entreprises. Ces sondages n'ont pas pour objet de mesurer la corruption, ou même l'effectivité de la réponse pénale, mais traduisent uniquement la perception des sondés sur une problématique particulière. Les résultats de l'Eurobaromètre ont tendance à confirmer (validation mutuelle) les résultats d'indices composites publiés régulièrement, notamment l'Indice de Perception de la Corruption¹⁷⁶⁴ (IPC) de Transparency

¹⁷⁵⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 14-15.

¹⁷⁶⁰ La notion n'est pas définie, mais semble ici faire référence aux procédures transactionnelles.

¹⁷⁶¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 6.

¹⁷⁶² Il s'agit d'une étude thématique approfondie. En l'occurrence, l'enquête bisannuelle est conduite auprès du grand public dans tous les États membres, sur la base d'entretiens en face à face. Pour le rapport complet, v. Rapport TNS Political & Social, *Report – Corruption*, Eurobaromètre Spécial, n° 397, février 2014. URL : http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf

¹⁷⁶³ Il s'agit d'entretiens téléphoniques thématiques *ad hoc* effectués à la demande d'un service de la Commission. En l'occurrence, l'enquête porte sur six secteurs (énergie, soins de santé, construction, transformation, télécommunications et finances). Pour le rapport complet, v. Rapport TNS Political & Social, *Report – Businesses' Attitudes Towards Corruption in the EU*, Eurobaromètre Flash, n° 374, février 2014. URL : http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_374_en.pdf

¹⁷⁶⁴ L'Indice de Perception de la Corruption réalise un classement par pays ou territoire selon la manière dont est perçue le degré de corruption du secteur public dans le pays. L'indice résulte d'une combinaison de sondages (enquêtes auprès d'experts et hommes d'affaires). Ainsi, pour figurer dans le classement, un pays doit être cité dans au moins trois des enquêtes sources de l'IPC.

International¹⁷⁶⁵ et l'Indicateur de Contrôle de la Corruption¹⁷⁶⁶ (ICC) de la Banque Mondiale. Toutefois, la Commission estime que l'établissement de ses propres statistiques lui permet, outre de pouvoir orienter les enquêtes, de disposer de données à jour : *« l'approche quantitative ne pouvait être retenue car les organismes d'enquête les plus réputés ont tendance à établir leurs indices à partir de données collectées par d'autres, ce qui produit un effet cascade : les indices composites reposant sur cette méthode peuvent reproduire des données recueillies un ou deux ans avant leur publication »*¹⁷⁶⁷.

L'intérêt du recours à des sondages d'opinion apparaît limité. Ces derniers sont susceptibles d'être conditionnés par de nombreux critères, comme l'interprétation culturelle de la corruption, la survenance de scandales ou même des réformes législatives : *« la perception est elle-même liée à l'intensité de la lutte contre la corruption. [Il y a une plus forte perception de la corruption] lorsque le problème de la corruption aura été construit comme problème [...]. Le résultat est qu'on va mesurer une perception très positive de la corruption dans les pays où précisément, on fait le plus d'effort pour lutter contre la corruption. Donc, le phénomène s'alimente en permanence pour faire exister de manière continue et perpétuelle le problème de la corruption »*¹⁷⁶⁸. La CCE relève que la Commission n'a pas corrélé les résultats de ses sondages avec d'autres enquêtes réalisées pour son compte par des sociétés privées. Aussi, les résultats de certains sondages peuvent s'avérer alarmants alors qu'ils sont loin de refléter la fréquence réelle de la corruption qui pourrait s'avérer bien inférieure¹⁷⁶⁹. La CCE met en exergue le sondage sur les Pays-Bas : *« Pour 61 % des Néerlandais, la corruption est généralisée dans leur pays, alors qu'ils ne sont que 2 % à affirmer qu'un pot-de-vin leur a été demandé, même implicitement, au cours de l'année précédente. Les causes d'un tel écart ne sont pas examinées »*¹⁷⁷⁰.

Dans sa méthodologie, la Commission affirme tenir compte des limites intrinsèques aux enquêtes d'opinion et reconnaît notamment que l'actualité immédiate peut influencer

¹⁷⁶⁵ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 6.

¹⁷⁶⁶ Il s'agit de l'un des six indicateurs agrégés dans l'Indicateur sur la gouvernance de la Banque Mondiale.

¹⁷⁶⁷ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 44.

¹⁷⁶⁸ J. HEURTAUX, « La lutte anti-corruption, enjeu transnational et usages nationaux. Le cas de la Pologne », Conférence à l'Université Paris-Dauphine, 15 février 2011.

¹⁷⁶⁹ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, para. 16.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, encadré 2.

les résultats¹⁷⁷¹. Toutefois, si ces précisions invitent le lecteur à rester prudent, elles n'ont pas empêché le Conseil, s'alignant sur la position de la CCE, de critiquer la place centrale accordée aux enquêtes d'opinion dans le premier rapport anticorruption : « *Les résultats des sondages en matière de perception de la corruption, s'ils témoignent de l'existence de risques liés à la corruption dans l'UE, ne présentent qu'une utilité limitée pour ce qui est de l'efficacité des mesures ciblées de lutte contre la corruption et les conclusions du rapport ne devraient donc pas leur accorder une place essentielle* »¹⁷⁷². Le second rapport anticorruption devrait donc permettre de vérifier dans quelle mesure la Commission tient compte des critiques méthodologiques adressées par le Conseil. Les sondages d'opinion n'ont pas vocation à disparaître et un nouvel Eurobaromètre a été réalisé en 2015¹⁷⁷³ et devrait donc être intégré au rapport anticorruption de 2016. De surcroît, les enquêtes d'opinion devront être articulées avec les statistiques criminelles officielles qui elles-mêmes présentent des lacunes¹⁷⁷⁴.

709. Recommandations. L'évaluation des États membres se termine par une série de recommandations, de nature non contraignantes, considérées comme des « *prochaines étapes* ». Ces recommandations sont majoritairement tournées vers des mesures préventives (mécanismes de contrôle des marchés publics, déclarations patrimoniales des agents publics, financement des partis politiques, etc.), voire vers les moyens supplémentaires à attribuer aux autorités de poursuite. Toutefois, leur plus-value n'est pas toujours évidente : certaines se contentent de renvoyer, d'une manière générale, vers les mêmes recommandations déjà émises par l'OCDE, le GRECO ou les Parties à la CNUCC. Par exemple, la France doit améliorer sa législation sur les faits de corruption transnationale, « *y compris des règles intéressant la double incrimination et la compétence, conformément aux recommandations formulées par l'OCDE, le GRECO et le mécanisme d'examen de la convention des Nations unies contre la corruption [...]* » ; ou encore, il est nécessaire de suivre avec une attention accrue « *la suite donnée aux recommandations du GRECO sur le financement des partis* ». Aussi, comme le remarque

¹⁷⁷¹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 44.

¹⁷⁷² Conclusions du Conseil sur le rapport anticorruption de l'UE, 5 et 6 juin 2014, para. 3.

¹⁷⁷³ Pour le rapport complet, v. Rapport TNS Political & Social, *Report – Businesses' Attitudes Towards Corruption in the EU*, Eurobaromètre Flash, n° 428, décembre 2015. URL : <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/2084>

¹⁷⁷⁴ V. *infra*, n°s 714. et s.

la CCE¹⁷⁷⁵, ces recommandations sont plutôt générales « *et de ce fait superficielles* »¹⁷⁷⁶ et doivent donc être considérablement étoffées.

La faiblesse des recommandations découle directement de la nature descriptive des chapitres nationaux. S'agissant de la France, la Commission relève que les évaluateurs de la CNUCC et de l'OCDE ont recommandé d'apporter des garanties relatives à l'indépendance des procureurs ; la plus-value du rapport consiste à noter la modification du code de procédure pénale afin que le Ministre de la justice ne puisse plus adresser d'instruction dans des affaires individuelles¹⁷⁷⁷ ; la recommandation est de suivre la mise en œuvre de la loi et la poursuite des efforts. Aucune appréciation critique n'a été effectuée sur la portée de la réforme française et aucune indication précise n'est donnée sur les règles insatisfaisantes qui justifient de poursuivre les efforts consentis.

710. La capacité du rapport anticorruption de l'UE à se positionner en tant que mécanisme complémentaire permettant de remédier aux carences actuelles (défauts dans la transposition et la mise en œuvre des instruments internationaux), et notamment à susciter un surcroît de volonté politique au sein des États membres est, pour le moment, incertaine : « *Sans être devin, on peut se risquer à pronostiquer que le Rapport anti-corruption de l'Union européenne n'apportera pas la solution attendue. En effet, si les mécanismes de suivi qui opèrent activement depuis le début du millénaire comme le Groupe de travail de l'OCDE et le GRECO ne sont pas parvenus à "forcer" la mise en œuvre de la répression, il y a peu à espérer que le nouveau système de surveillance de l'Union fasse soudainement des miracles. Un moment arrive où une forte volonté politique doit s'affirmer, à défaut de quoi les préconisations techniques, scientifiques et diplomatiques restent lettre morte* »¹⁷⁷⁸. La forme et le contenu du premier rapport laissent penser qu'il s'agit davantage d'un exercice diplomatique et de communication plutôt que d'un outil pratique au service des États membres. Les discussions du groupe d'experts sur la corruption à propos des futurs rapports permet de douter d'une amélioration tangible : « *les experts suggèrent que le langage devrait être moins technique et plus accessible*

¹⁷⁷⁵ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, para. 22.

¹⁷⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷⁷ L. n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *JORF*, 26 juill. 2013, p. 12441.

¹⁷⁷⁸ J. LELIEUR, « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in P. BONFILS, L. MUCCHIELLI, A. ROUX, *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 89-106, spéc. p. 105.

pour les non-spécialistes qui peuvent ne pas avoir lu le premier rapport anticorruption de l'UE. Les domaines qui n'ont fait l'objet d'aucun progrès doivent être clairement identifiés, tout en reconnaissant que deux ans peut être insuffisant pour entreprendre des réformes structurelles sur le long-terme »¹⁷⁷⁹. De surcroît, le suivi et les recommandations sont peu analytiques et restent dépendantes du travail des groupes de suivi internationaux. Aussi, les critiques formulées par les autres institutions de l'UE sont essentielles pour espérer une remise en cause de la méthodologie actuelle.

711. Évolutions. Les faiblesses identifiées dans la première édition du rapport anticorruption résultent notamment de trois facteurs.

Le premier est le respect de l'engagement initial de ne pas entraîner de surcharges administratives et d'éviter les doublons. Aussi, l'invitation du Conseil à associer les États membres à la réflexion sur la méthodologie du rapport, ainsi qu'à chacune de ses étapes afin de recueillir des données objectives et fiables¹⁷⁸⁰ semble fournir la légitimité nécessaire à la Commission pour adopter une démarche plus directe et autonome.

Le deuxième facteur est l'absence de participation de l'UE au GRECO. En effet, celle-ci permettrait une évaluation des institutions de l'UE au regard des mêmes standards que ceux exigés pour les États membres. Toutefois, la stratégie initiale de la Commission prévoit d'attribuer un rôle beaucoup plus important au GRECO et notamment la réalisation d'activités complémentaires pour les besoins de l'UE comme l'élaboration d'études de droit comparé¹⁷⁸¹.

Le troisième facteur est le caractère embryonnaire des statistiques criminelles qui n'ont pu être intégrées au premier rapport anticorruption et qui seront partiellement comprises dans le second. L'absence de données statistiques comparables empêche donc toute analyse quantitative de l'effectivité qui ne peut être comblée par un suivi des sondages d'opinion.

Aussi, de nombreuses carences résultent d'une stratégie incomplète de la Commission européenne. Il est possible d'émettre des doutes sur le recours exclusif à un instrument de

¹⁷⁷⁹ Notre traduction : « *The experts suggested that the language should be less technical and more accessible for non-specialists who may not have read the first EU Anti-Corruption Report. Areas of no progress should be clearly identified, while recognising that two years may be insufficient for long-term structural reforms* ». V. Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 13, 30 juin 2015, p. 3.

¹⁷⁸⁰ Conclusions du Conseil sur le rapport anticorruption de l'UE, 5 et 6 juin 2014, para. 2.

¹⁷⁸¹ V. *infra*, n^{os} 731. et s.

droit souple pour orienter les législations répressives des États membres. Le rapport anticorruption de l'UE semble donc avoir été adopté avant les textes qui lui permettent d'assurer sa crédibilité et son efficacité.

Section II. La nécessité d'une nouvelle stratégie pour stimuler la volonté politique

712. Afin de parvenir à une lutte contre la corruption efficace, la Commission européenne doit non seulement améliorer son rapport anticorruption en achevant les initiatives complémentaires entreprises (I), mais également recentrer son action sur l'émission de nouvelles obligations à destination des États membres, préparant ainsi l'extension des compétences d'un éventuel procureur européen. Le mécanisme général d'évaluation, dont la portée est intrinsèquement limitée, ne doit pas se substituer aux actions d'harmonisation en matière pénale, mais constituer un outil complémentaire de droit souple (II).

I. L'achèvement des initiatives complémentaires

713. La qualité et l'autonomie du rapport anticorruption de l'Union européenne ne pourront être assurées que si la Commission parvient à achever, d'une part, l'élaboration de statistiques criminelles européennes (A) et, d'autre part, la participation de l'UE au GRECO (B).

A. La corruption : « infraction pilote » des Plans d'Action de la Commission

714. La Commission européenne consacre, au sein de son paquet anti-corruption, un court paragraphe à « *l'amélioration des statistiques* », tout en admettant, qu'à ce jour, aucun système statistique uniforme ne permet « *de mesurer la nature et l'étendue de la corruption ni l'efficacité des mesures prises pour la combattre* »¹⁷⁸². Si la comparaison du taux de répression n'est pas une problématique nouvelle au plan international¹⁷⁸³, la

¹⁷⁸² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final, para. 4.6.

¹⁷⁸³ V. *infra*, n° 723.

nécessité de disposer d'indicateurs statistiques fiables afin d'évaluer et légitimer les orientations politiques de la lutte anti-corruption, ainsi que les résultats parfois très modestes de certains États membres dans les affaires transnationales qui pourraient faire douter des efforts concrets entrepris, semblent avoir contribué à en faire l'une des priorités de l'UE. Les premières statistiques sont cependant absentes du premier rapport anticorruption : il faut attendre le début de l'année 2016 pour que des statistiques, élaborées à partir d'informations officielles recueillies auprès des États membres, soient finalement publiées. Aussi, la Commission européenne a d'ores et déjà annoncé que ces statistiques seraient comprises dans le deuxième rapport anticorruption prévu la même année. Toutefois, les résultats semblent délicats à exploiter et l'intérêt d'une telle publicité n'est pas évident. Il apparaît donc nécessaire de revenir sur le travail effectué par les institutions européennes pour mieux appréhender les réserves, notamment juridiques, qu'il est possible d'émettre.

715. L'absence de données susceptibles d'être confrontées tient, du moins partiellement, au silence des conventions internationales. En effet, les conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe ne prévoient aucune disposition en la matière. Au niveau de l'Union européenne, les instruments réprimant la corruption du secteur public (premier protocole à la convention PIF, convention de Bruxelles) comme celle du secteur privé (décision-cadre du 22 juillet 2003) n'abordent pas la question. L'établissement de statistiques relatives à la criminalité et à la justice pénale reste donc de la seule compétence des États membres.

Or, ces derniers n'ont soit tenu aucune statistique spécifique sur les enquêtes et les condamnations en matière de corruption, soit ont adopté leur propre méthodologie¹⁷⁸⁴. Seul le deuxième paragraphe de l'article 61 de la convention des Nations Unies contre la corruption prévoit, de manière facultative :

« Les États Parties envisagent de développer et de mettre en commun, directement entre eux et par le biais d'organisations internationales et régionales, leurs statistiques et leur connaissance analytique de la corruption ainsi que des informations en vue d'élaborer, dans la mesure du possible, des définitions, normes et méthodes communes, et des informations sur les pratiques les mieux à même de prévenir et de combattre la corruption ».

¹⁷⁸⁴ V. *infra*, n° 717.

Le silence des instruments d'harmonisation sectoriels ne paraît pas cohérent avec la volonté ancienne de l'UE d'établir un système statistique uniforme, dont la concrétisation progressive semble suivre les différents cycles quinquennaux des programmes de l'ELSJ. En effet, il est possible d'établir un lien direct entre les statistiques publiées en 2016 et une initiative débutée après le Conseil européen de Tampere¹⁷⁸⁵, puis étendue et affirmée par celui de La Haye¹⁷⁸⁶. La Commission décide alors d'élaborer un « Plan d'action de l'UE 2006-2010 »¹⁷⁸⁷, puis de créer un groupe d'experts *ad hoc* chargé de le mettre en œuvre en concertation avec toutes les parties prenantes¹⁷⁸⁸. Dès ce stade, il est possible de relever le rôle prépondérant dévolu à Eurostat, l'Office statistique de l'UE étant chargé de recueillir les données auprès des États membres puis de les traiter et qui fait encore aujourd'hui partie de tous les projets statistiques internes et externes de l'UE. Toutefois, en ce qui concerne la lutte contre la corruption, le premier plan d'action peut être vu comme un échec : malgré une attention particulière sur cette « *forme grave de criminalité transfrontalière* »¹⁷⁸⁹, aucune statistique n'a pu être publiée. La raison avancée est la

¹⁷⁸⁵ Dans sa stratégie pour le prochain millénaire pour la prévention et le contrôle de la criminalité organisée, le Conseil estime qu'il devient nécessaire de s'appuyer sur des données fiables et valides : il invite la Commission, qui avait déjà l'intention de proposer une harmonisation des données recueillies par les services nationaux de répression, à lancer une étude sur l'établissement de statistique. V. Prévention et contrôle de la criminalité organisée : une stratégie de l'Union européenne pour le prochain millénaire, 27 mars 2000, *JOCE C* 124 du 3 mai 2000, pp. 1-33, spéc. p. 4.

Parallèlement, la déclaration de la conférence de Dublin sur la lutte contre la criminalité organisée recommande la mise en place « d'un système globale européen de statistiques sur la criminalité » et le développement d'« une stratégie coordonnée de l'UE » ; cette « stratégie devrait avoir pour objectif de fournir les informations nécessaires à l'analyse des tendances ainsi qu'à l'évaluation des risques et de l'efficacité des performances des mesures et de l'étalonnage. Ce processus recevrait le soutien, via des contributions, du groupe d'experts en matière de criminalité ». V. Note de la future présidence irlandaise du Conseil, 19 déc. 2003, Doc. n° 16302/03. C'est donc dans le cadre du suivi de la criminalité organisée que l'initiative de la Commission est née. Néanmoins, celle-ci va progressivement s'étendre à toutes les infractions, indépendamment des compétences de l'UE ou des actes de droit dérivé adoptés.

¹⁷⁸⁶ Dans le cadre du programme de La Haye, le Conseil européen « se félicite de l'initiative de la Commission visant à doter l'Union européenne d'instruments de collecte, d'analyse et de comparaison des informations relatives à la criminalité [...] ». V. Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, para. 2.6, *JOUE C* 53 du 3 mars 2005, pp. 1-14.

¹⁷⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Élaboration d'une stratégie globale et cohérente de l'UE en vue de l'établissement de statistiques sur la criminalité et la justice pénale : Plan d'action de l'UE 2006-2010*, 7 août 2006, COM(2006) 347 final.

¹⁷⁸⁸ Décision de la Commission du 7 août 2006 instituant un groupe d'experts chargé d'étudier les besoins politiques en matière de données sur la criminalité et la justice pénale, *JOUE L* 234 du 29 août 2006, pp. 29-32.

¹⁷⁸⁹ Plan d'action de l'UE 2006-2010, pp. 15-16.

difficulté à établir une méthodologie pertinente dans le délai donné ce qui, dans les faits, s'est traduit par un travail relatif aux indicateurs qui n'a jamais débuté¹⁷⁹⁰.

716. Il a donc été nécessaire d'attendre le programme de Stockholm pour que les premières données soient effectivement recueillies. Selon un fonctionnement identique, le Conseil européen a renouvelé son intérêt pour des statistiques liées à l'ELSJ dans le programme de Stockholm¹⁷⁹¹ et la Commission s'est chargée de traduire les grandes orientations en objectifs opérationnels. Elle adopte donc un « Plan d'action de l'UE 2011-2015 »¹⁷⁹² et crée un nouveau groupe d'experts pour la période correspondante¹⁷⁹³, composé différemment.

717. Représentations statistiques. Les premières statistiques relatives aux infractions de corruption (au sens pénal large¹⁷⁹⁴) sont publiées en janvier 2016, mais contiennent peu de résultats exploitables¹⁷⁹⁵. La Commission s'est explicitement refusée à donner une quelconque interprétation de ces données, préférant inscrire l'établissement de statistiques uniformes dans un projet de longue haleine.

Afin de représenter les difficultés rencontrées par le groupe d'experts pour conduire toute analyse comparative, deux cartes ont été réalisées dans la présente étude à partir des données qui sont apparues les plus complètes. Celles-ci tendent à démontrer de fortes disparités entre les États membres. Cependant, l'insuffisance des données disponibles fait obstacle à un examen détaillé des résultats présentés.

¹⁷⁹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Évaluation de la criminalité dans l'UE : Plan d'action statistique 2011-2015*, 18 janv. 2012, COM(2011) 713 final, pp. 4-5.

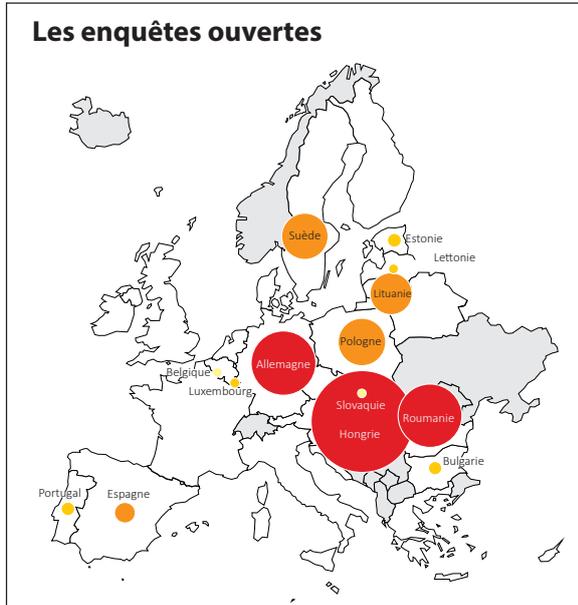
¹⁷⁹¹ Dans le programme de Stockholm, le Conseil européen a ainsi invité la Commission « à poursuivre la mise au point d'outils statistiques [...], ces statistiques étant de plus en plus nécessaires dans un certain nombre de domaines liés à la liberté, la sécurité et la justice »¹⁷⁹¹. Il s'est également montré plus précis sur la nécessité d'établir des statistiques spécifiquement en matière de corruption : « le Conseil européen invite la Commission à mettre au point des indicateurs, sur la base des systèmes existants et de critères communs, pour mesurer l'effet des mesures de lutte contre la corruption, en particulier dans les domaines relevant de l'acquis (marchés publics, contrôle financier, etc.) ». V. Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115 du 4 mai 2010, pp. 1-38, spéc. pp. 21 et 23.

¹⁷⁹² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Évaluation de la criminalité dans l'UE : Plan d'action statistique 2011-2015*, 18 janv. 2012, COM(2011) 713 final.

¹⁷⁹³ Décision de la Commission du 14 févr. 2012 instituant le groupe d'experts de la Commission chargé d'étudier les besoins de données sur la criminalité et abrogeant la décision 2006/581/CE, *JOUE* C 42 du 15 févr. 2012, pp. 2-10.

¹⁷⁹⁴ V. *supra*, n° 25.

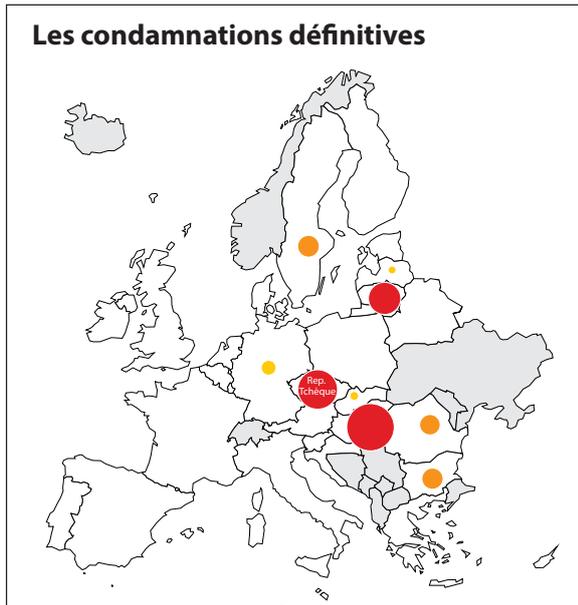
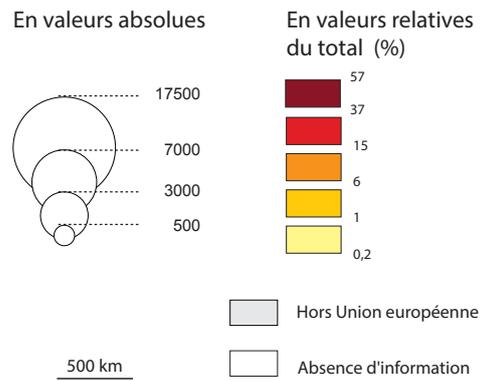
¹⁷⁹⁵ Rapport de la DG Home de la Commission, *Collection of official data on corruption offences*, janvier 2016, URL : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/official_corruption_statistics_2011_2013_jan16_en.pdf



U.E. : Corruption et Justice

Comparaison de statistiques criminelles 2013

Corruption au sens large*
Articles 15 à 22 UNCAC



* Corruption active et passive, publique nationale et internationale, secteur privé; détournement, trafic d'influence, abus de fonction, enrichissement illicite.

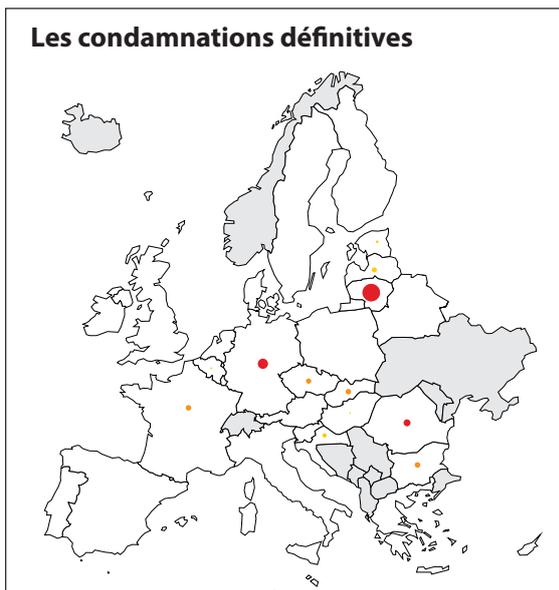
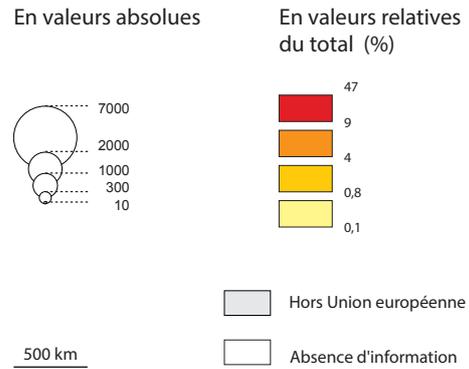
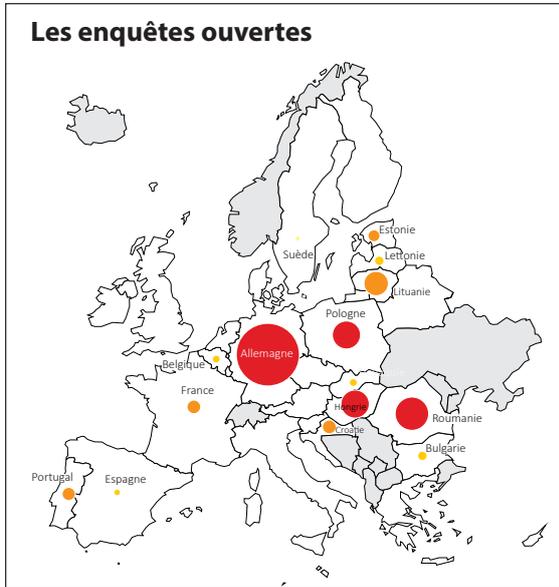
UNCAC : Convention des Nations unies contre la corruption (Convention de Mérida)

Les cercles présentés sur les 3 cartes sont comparables entre eux et restent proportionnels aux valeurs absolues. Les valeurs relatives sont calculées en pourcentage du total de chaque type.

Source : European Commission, Directorate D.2 Organised Crime, Collection of official data on corruption offences (preliminary results), 2016

U.E. : Corruption et Justice Comparaison de statistiques criminelles 2013

Corruption*
Articles 15, 16 et 21 UNCAC



* Corruption active et passive, publique nationale et internationale, secteur privé.

UNCAC : Convention des Nations unies contre la corruption (Convention de Mérida)

Les cercles présentés sur les 3 cartes sont comparables entre eux et restent proportionnels aux valeurs absolues. Les valeurs relatives sont calculées en pourcentage du total de chaque type.

Source : European Commission, Directorate D.2 Organised Crime, Collection of official data on corruption offences (preliminary results), 2016

718. Difficultés. Au-delà de la réticence affichée par la Commission, il est possible d'émettre trois réserves concernant l'examen des statistiques susmentionnées¹⁷⁹⁶ : celui-ci se heurte à l'absence de contextualisation, à la variété des méthodologies employées par les États membres et, surtout, au choix surprenant de la convention de Mérida pour la définition des infractions évaluées.

719. Absence de contextualisation. La difficulté des autorités de poursuite à détecter les infractions de corruption constitue un premier obstacle sérieux à l'évaluation quantitative de l'effectivité. D'une manière générale, si l'on s'attache aux actes de corruption active d'agents publics étrangers, les autorités de poursuite ne détectent par elles-mêmes qu'une faible portion des infractions¹⁷⁹⁷. Elles restent dépendantes des dénonciations spontanées ou non.

De surcroît, selon l'État considéré, il peut exister un décalage plus ou moins important entre les enquêtes ouvertes (premier indicateur renseigné dans les statistiques publiées) et le nombre de délits commis ainsi que la propension des différents acteurs (population, personnes morales, associations, agents publics, etc.) à les dénoncer et celle des autorités répressives à enregistrer les plaintes. Aussi, l'étude des enquêtes ouvertes et des condamnations ne permet pas d'apprécier avec exactitude l'effectivité des infractions de corruption (l'infraction est-elle punie ?), mais la capacité des autorités répressives à réprimer une infraction déjà détectée (effectivité de la répression). Dans une approche quantitative de la lutte contre la corruption, il apparaît donc essentiel de « contextualiser » les statistiques obtenues (par exemple, par des études sur les secteurs sensibles ou encore en exploitant les enquêtes d'opinion, les enquêtes de victimisation¹⁷⁹⁸) afin d'apprécier l'écart entre les infractions poursuivies et celles qui ont été commises. Or, la contextualisation suppose également de mesurer le taux de corruption, ce qui s'avère difficile s'agissant d'un comportement dissimulé. Cela requiert ainsi la mise en place de stratégies spécifiques : *« les défis relatifs à l'estimation [de la corruption] tiennent au fait que les limites entre les comportements licites et illicites sont souvent floues, et au fait que les victimes et les auteurs sont souvent co-responsables de l'infraction. Une variété*

¹⁷⁹⁶ Pour une distinction entre les problèmes substantiels, juridiques et statistiques, v. G. MUGELLINI, « Data Sources : Prosecution and Courts » in M. E. BEARE (dir.), *Encyclopedia of Transnational Crime & Justice*, éd. Sage, 2012, pp. 100-103.

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, n^{os} 579.

¹⁷⁹⁸ À ce propos, v. rapport UNODC, *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*, mars 2015, p. 105.

de solutions est nécessaire pour mesurer la corruption, car cela implique un certain nombre de modalités. Estimer l'étendue de la corruption dans les services de livraison, par exemple, requiert la mise en place à grande échelle d'outils destinés à recueillir des données, couvrant la population entière (ou une portion représentative de celle-ci) qui utilise ces services. Tandis qu'estimer la corruption dans les marchés publics exige des informations qui visent un petit nombre d'entités (grandes entreprises, gestionnaires publics, [...]), mais en relevant un plus grand défi pour accéder aux informations pertinentes »¹⁷⁹⁹.

720. Méthodologies statistiques. Afin d'assurer la cohérence des statistiques, le groupe d'experts a envoyé aux États membres une demande précise concernant les indicateurs à renseigner (nombre d'enquêtes ouvertes, nombre de relaxes, etc.). Or, les États ont mis en place des systèmes très variés pour le recueil, le traitement et la répartition des informations relatives à leur justice pénale. Aussi, des difficultés communes peuvent être mises en exergue, même si elles ne se manifestent pas nécessairement sur les mêmes indicateurs.

D'une manière générale, l'absence de stratégie nationale entraîne la multiplication des bases de données sollicitées. En effet, chaque administration élabore ses propres statistiques, selon sa propre méthodologie, pour répondre à ses propres besoins : **la France** a ainsi dû puiser dans différentes bases de données, dont la précision n'est pas identique¹⁸⁰⁰, pour répondre aux questions qui lui ont été soumises. Par ailleurs, différentes méthodologies sont parfois mises en œuvre en même temps sur les mêmes

¹⁷⁹⁹ « *Measurement challenges relate to the fact that borders between licit and illicit behaviours are often blurred and victims and offenders are often co-responsible for the crime. A variety of solutions are required to measure corruption because it involves a number of modalities. Estimating the extent of corruption in the delivery of services, for example, requires the implementation of large-scale data-collection tools covering the entire population (or a sample of it) who access the services. On the other hand, estimating corruption in public procurement requires information that targets a small number of entities (large businesses, public managers, public expenses records) but with a greater challenge in accessing their relevant information* ». V. Report of the National Institute of Statistics and Geography of Mexico and the United Nations Office on Drugs and Crime on a road map to improve the quality and availability of crime statistics at the national and international levels, E/CN.3/2013/11, p. 9, URL : https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/11_2013-11-CrimeStats-E.pdf

¹⁸⁰⁰ La France a ainsi fait appel à plusieurs bases de données : pour les enquêtes, les données proviennent du SID concernant les affaires nouvelles (c'est-à-dire les affaires enregistrées par les parquets). Les données sur les condamnations sont extraites du casier judiciaire et uniquement si l'infraction considérée est dite « principale » (s'il y a une condamnation pour corruption et une condamnation sur un autre chef d'inculpation plus grave, la corruption n'est pas comptée). La France reconnaît que le casier permet une analyse plus fine que les données du SID qui procède par grandes familles.

procédures pénales. Par exemple, sur les mêmes indicateurs, **la Suède** possède deux systèmes de statistiques¹⁸⁰¹ qui retiennent des méthodologies différentes et dont les résultats ne sont pas comparables entre eux. Elle a donc dû choisir de transmettre à l'UE les résultats issus du système jugé le plus précis (en l'espèce, celui fondé sur des informations légales). De surcroît, la méthodologie employée par la Suède a évolué au cours des années considérées : les données les plus anciennes relatives aux inculpations n'ont donc pas été recueillies selon la même méthode que les données les plus récentes¹⁸⁰².

Il apparaît ensuite nécessaire de tenir compte du moment où sont enregistrées les statistiques. Par exemple, **en Croatie**, les données relatives aux investigations ne sont envoyées au système informatisé qu'après la clôture de l'enquête. De la même manière, les données concernant les poursuites sont recueillies, comme les jugements, après le jugement définitif. Ce suivi effectué *a posteriori* ne permet donc pas de fournir des renseignements sur les enquêtes en cours. **En Suède**, seules les personnes toujours suspectes après l'enquête (mais qui n'ont pas forcément été renvoyées devant un juge) sont comptabilisées.

Enfin, la comparaison est souvent rendue impossible par l'absence de données pour certains indicateurs. Cette carence peut s'expliquer par peu¹⁸⁰³ ou pas¹⁸⁰⁴ de statistique au niveau national, par l'absence totale¹⁸⁰⁵ ou partielle¹⁸⁰⁶ de réponse aux sollicitations du groupe d'experts, par une unité de valeur différente¹⁸⁰⁷ ou des données non détaillées¹⁸⁰⁸ au niveau national.

¹⁸⁰¹ Disponibles en anglais sur le site www.bra.se.

¹⁸⁰² La Suède précise cependant que les conséquences de cette évolution devraient être faibles sur le résultat final.

¹⁸⁰³ Par ex., la Suède n'a pu fournir de données pour de nombreux indicateurs.

¹⁸⁰⁴ Par ex., la Lituanie n'a recueilli que les décisions définitives prononcées en première instance (relaxe, emprisonnement, sursis),

¹⁸⁰⁵ L'Italie, la Grèce ou l'Irlande n'ont transmis aucune donnée.

¹⁸⁰⁶ La République tchèque a fourni des données pour les condamnations, mais non pour les enquêtes tandis, qu'à l'inverse, l'Espagne a fourni des statistiques pour les enquêtes, mais non pour les condamnations.

¹⁸⁰⁷ Par exemple, pour les condamnations définitives, l'unité statistique demandée par le groupe d'experts est le jugement alors que la Hongrie a procédé à l'enregistrement de tous les auteurs condamnés. Un même jugement pouvant concerner plusieurs personnes et contenir de multiples décisions, les deux indicateurs sont difficilement interchangeables. De la même manière, l'unité choisie pour les relaxes est le « nombre d'affaires » : la Slovénie compte une affaire dès lors qu'au moins un codéfendeur est relaxé (une même affaire peut donc être comptée dans les relaxes et dans les condamnations définitives si les autres prévenus sont condamnés), alors que la Lituanie a estimé ne pas pouvoir fournir les données en raison d'un enregistrement par personne relaxée et non pas affaire.

¹⁸⁰⁸ La France a ainsi des données non détaillées pour les poursuites et les enquêtes puisqu'elle procède par grande famille. Les infractions de corruption active et passive, publique et privée, sont regroupées sous le même label « NATAFF C31 ». En Autriche, les données disponibles ne distinguent pas la corruption nationale

721. Définition des infractions. Sur le plan juridique, la principale critique concerne le référentiel commun choisi par le groupe d'experts. En effet, les statistiques ne portent aucune mention des outils européens, mais font référence aux articles 15 à 22 de la convention des Nations Unies contre la corruption. L'idée sous-jacente est de favoriser la comparaison des efforts entrepris par les États membres en retenant un texte large et de nombreuses infractions connexes. Or, non seulement cela n'a pas permis d'effacer toutes les ambiguïtés¹⁸⁰⁹, mais plusieurs éléments conduisent à s'interroger sur la cohérence d'un tel choix dans la stratégie de l'UE pour lutter contre la corruption.

722. Infractions connexes. S'il est vrai que certaines infractions constituent un filet de sécurité évitant l'impunité dans les cas où la preuve de l'acte de corruption est trop difficile à rapporter, ces catégories sont extrêmement variées et recouvrent des situations qui peuvent être entièrement étrangères à la corruption. Or, dans les rares cas où les autorités nationales disposent de statistiques complètes, les données transmises ne distinguent pas les affaires où la problématique de corruption est sous-jacente. En outre, l'évaluation de la problématique sous-jacente malgré la décision judiciaire est un exercice subjectif qu'il soit réalisé par un expert indépendant ou par une autorité administrative. Il est donc difficile de tirer des conclusions fiables sur la lutte contre la corruption menée par l'Union européenne à partir de statistiques établies sur des infractions connexes, définies dans un instrument qui ne relève pas de l'UE et dont le champ d'application est parfois très large.

723. Convention de Mérida. En second lieu, le choix d'élaborer des statistiques non pas au regard de ses propres instruments, mais par rapport à la convention des Nations Unies s'avère étonnant puisque d'autres options semblaient ouvertes.

et transnationale. Par ailleurs, la Roumanie fournit un total de condamnations supérieur à la somme des entrées individuelles. En effet, elle intègre dans le total un petit nombre de décisions judiciaires pour lesquelles aucune répartition par type d'infraction n'est disponible.

¹⁸⁰⁹ Le champ d'application des incriminations nationales ne permet pas nécessairement de faire remonter les statistiques pertinentes par rapport à la définition convenue dans un instrument international. A titre d'exemple, en Autriche, la corruption active d'un agent public national peut être traitée comme une incitation à commettre un abus de pouvoir et la corruption active dans le secteur privé peut être traitée comme une incitation à commettre un abus de confiance. En France, l'abus de confiance et l'abus de confiance aggravé recouvrent des situations très diverses. De surcroît, une catégorie résiduelle a été créée par le groupe d'experts : « les actes de corruption non enregistrés dans les autres catégories ». Or, l'intérêt d'une telle catégorie est faible en raison de la disparité des informations transmises par les États membres (financement illégal d'un parti politique, blanchiment, fraude à la sécurité sociale, etc.). Par ailleurs, il est nécessaire de rappeler que certaines évolutions législatives sont très récentes, des États membres ayant fait évoluer la définition de leurs infractions sur la période considérée (comme, par ex., la Hongrie de la Suède).

De prime abord, le recours à la convention des Nations Unies peut s'analyser comme une solution pragmatique : il s'agit bien d'un traité commun puisque la convention de Mérida est ratifiée par tous les États membres¹⁸¹⁰ et a été signée par l'Union européenne¹⁸¹¹. En outre, toutes les « manifestations de la corruption » sont couvertes ce qui renvoie à de nombreuses infractions qui ne figurent dans aucun instrument anticorruption de l'UE. Enfin, il existe une plus forte probabilité, en l'absence de toute obligation à cet égard, de trouver au sein des États membres des statistiques générales sur ces infractions larges plutôt qu'une catégorie spécifique sur « la corruption passive susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE ». La disponibilité des informations a d'ailleurs été un des critères déterminants pour la Commission européenne dans les choix opérés¹⁸¹².

Toutefois, même s'il est difficile de trouver des explications de la part des acteurs européens concernés, il semble que le principal motif tienne davantage à la participation de l'UE à une initiative plus large de Nations Unies¹⁸¹³, ayant abouti en mars 2015 à la publication de l'« *International Classification of Crime for Statistical Purposes* » (ICCS)¹⁸¹⁴. En effet, l'ICCS prévoit une catégorie spécifique pour les comportements de corruption : la « *section 0703* » vise tous les « *comportements de corruption* » et renvoie aux « *actes illégaux tels que définis par la Convention des Nations Unies contre la corruption et les autres instruments juridiques nationaux et internationaux contre la corruption* ». Or, la nomenclature de l'ICCS semble fondée essentiellement sur la

¹⁸¹⁰ V. *supra*, n° 685.

¹⁸¹¹ V. *supra*, n°s 529. et s.

¹⁸¹² V. Rapport de la DG Home de la Commission, *Collection of official data on corruption offences*, janvier 2016, p. 2.

¹⁸¹³ Dès 1951, la *Social Commission* a pu souligner l'importance de dégager une norme pour la classification des infractions. Dans cette optique, les Nations Unies ont notamment cherché à aider les États à établir des statistiques en matière de justice criminelle par la publication d'un manuel dans les années quatre-vingt rapidement suivie d'un Guide sur l'informatisation des systèmes statistiques. À la suite de la résolution 1997/27 du 21 juillet 1997 de l'ECOSOC, le manuel est actualisé en 2003 et son suivi est confié à l'UNODC et à l'UNSD. Cependant, en 2009, une approche plus directe est décidée par la *Conference of European Statisticians* qui établit une « *Task Force* » menée par l'UNODC et l'UNECE, afin de créer un cadre pour la classification des infractions fondé non pas sur les définitions légales, mais sur les comportements. Peu de temps après, la décision est prise de développer une classification internationale complète des infractions à laquelle participe notamment Eurostat. L'ICCS est finalement adopté par la *United Nations Statistical Commission* en mars 2015 et son suivi est confié à l'UNODC : il s'agit d'une norme internationale en matière statistique pour le recueil d'informations, à la fois issues de sources officielles et des données résultant des enquêtes d'opinion. Il est utilisé comme un outil analytique pour obtenir des informations uniques sur l'ensemble des facteurs favorisant les infractions visées.

¹⁸¹⁴ Rapport UNODC, *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*, mars 2015.

convention des Nations Unies et non sur les autres instruments juridiques¹⁸¹⁵. Aussi, il existe une forte similarité entre l'ICCS et la liste des infractions retenues par l'Union européenne dans sa publication de janvier 2016 sur les poursuites et les condamnations relatives à la corruption.

724. L'absence de référence aux instruments de l'Union européenne rend difficile l'évaluation de l'effectivité de la répression par rapport aux obligations spécifiques pesant sur les États membres dans le cadre régional. Aussi, le « Plan d'action 2011-2015 » semble davantage mettre en œuvre l'article 61 paragraphe 2 de la convention de Mérida, qui prévoit explicitement le recours aux organisations internationales et régionales pour l'établissement de statistiques, que de participer à la réalisation d'une stratégie anticorruption propre à l'Union européenne. Si les deux objectifs se recouvrent partiellement, l'Union européenne ne se dote pas d'outils autonomes pour suivre l'application de ses propres instruments, alors que l'étude porte uniquement sur ses propres États membres dans un domaine où elle dispose d'une compétence partagée. Aussi, le choix de la Commission est essentiellement cohérent avec la stratégie d'externalisation des sources abordée plus haut¹⁸¹⁶, dans l'optique d'utiliser les statistiques pour influencer politiquement les États membres au-delà de ses propres compétences.

725. Alternatives. Il résulte de ce qui précède que la Commission avait sciemment choisi dans le premier plan d'action d'exclure toute statistique spécifique à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Paradoxalement, une étude réalisée par les Nations Unies, et financée par la Commission européenne, estime « légitime » que l'Union européenne se réfère à son propre *corpus* juridique lors de l'établissement de statistiques en matière criminelle¹⁸¹⁷. Le référentiel commun résulte donc bien d'un choix de la part de la Commission et permet d'expliquer l'absence de disposition relative aux statistiques dans la proposition de directive PIF, alors que d'autres instruments ont prévu une telle

¹⁸¹⁵ Une distinction, fondée sur les articles 15, 16 et 21 de la convention ONU, est effectuée entre la corruption active et passive. Les statistiques incluent également le détournement, l'abus de fonction, l'enrichissement illicite ainsi que les « autres actes de corruption ».

¹⁸¹⁶ V. *supra*, n^{os} 512. et s.

¹⁸¹⁷ Rapport UNODC, *Developing Standards in Justice and Home Affairs Statistics - International and EU acquis*, avr. 2010, pp. 35-36 : « *With respect to the identification of common EU standards for data collection, it makes sense therefore to rely on the underlying crime definition provided in EU legislation* ».

disposition¹⁸¹⁸ : les données collectées auprès des États membres n'ont pas vocation à intégrer les statistiques communes. Toutefois, la Commission ne s'est pas opposée à la position de 1^{ère} lecture du Parlement européen qui a introduit une telle disposition :

« Article 17 bis

Rapports, statistiques et évaluation

1. La Commission présente au Parlement européen et au Conseil, au plus tard [24 mois après le délai de mise en œuvre de la présente directive], et chaque année par la suite, un rapport évaluant dans quelle mesure les États membres ont pris les dispositions nécessaires pour se conformer à la présente directive ainsi que l'efficacité de la directive en ce qui concerne la réalisation de ses objectifs. Ces rapports font référence aux informations fournies par les États membres en application du paragraphe 2.

2. Les États membres rassemblent et tiennent à jour sur une base régulière des statistiques complètes provenant des autorités concernées afin de contrôler l'efficacité des systèmes qu'ils ont établis pour protéger les intérêts financiers de l'Union. Les statistiques collectées sont transmises chaque année à la Commission et incluent :

(a) le nombre de procédures pénales engagées, réparties selon qu'elles ont débouché sur un rejet, un acquittement, une condamnation ou qu'elles sont en cours ;

(b) les sommes recouvrées et les sommes non recouvrées à l'issue de procédures pénales ;

(c) le nombre de demandes d'aide reçues d'autres États membres, avec une subdivision entre le nombre de demandes acceptées et le nombre de demandes rejetées.

3. La Commission présente au Parlement européen et au Conseil, au plus tard [60 mois après le délai de mise en œuvre de la présente directive], une évaluation complète de la présente directive, fondée sur l'expérience acquise et, notamment, sur les rapports et les statistiques fournis conformément aux paragraphes 1 et 2. Le cas échéant, la

¹⁸¹⁸ par ex., Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/22/JAI du Conseil, art. 14, JOUE L 218 du 14 août 2013, pp. 8-14.

Commission dépose une proposition de modification de la présente directive en tenant dûment compte des conclusions de l'évaluation »¹⁸¹⁹.

726. La disposition susmentionnée, introduite par un amendement lors de l'examen du texte par les commissions CONT et LIB, présente non seulement l'avantage d'obliger les États membres à collecter précisément certaines statistiques, mais permettrait de disposer de données plus spécifiques sur les affaires transnationales ayant nécessité une coopération judiciaire entre les États membres. L'élaboration de statistiques communes rapportées à l'action de l'Union européenne pourrait donc résulter du travail législatif, mais le sort de l'amendement reste incertain puisque l'orientation générale du Conseil ne prévoit aucune disposition similaire.

727. Transparency International (exemple). Les obstacles évoqués ci-dessus sont communs à l'établissement de statistiques criminelles¹⁸²⁰, mais entraînent des enjeux particuliers en matière de lutte contre la corruption dans l'Union européenne. L'ampleur de la tâche, et l'absence de dispositions expresse dans les traités, semblent également avoir dissuadé les groupes de suivi internationaux de procéder à toute analyse quantitative, sauf besoin particulier¹⁸²¹. Seule l'association Transparency International a choisi de classer les États signataires de la convention de l'OCDE en fonction des poursuites engagées et des condamnations prononcées en matière de corruption active des agents publics étrangers¹⁸²². Néanmoins, les résultats publiés illustrent moins les efforts entrepris par les États dans l'application des textes que le caractère relatif de l'ineffectivité¹⁸²³, et permettent de fournir un exemple sur le faible intérêt des données disponibles aujourd'hui.

728. Méthodologie. L'association Transparency International a cherché à classer les États en quatre catégories distinctes : la mise en œuvre peut être active (catégorie 1),

¹⁸¹⁹ Nous soulignons. La justification de l'amendement est la suivante : « Pour évaluer l'efficacité de la directive, il importe de rassembler des informations statistiques concernant en particulier la réussite et les résultats des procédures pénales et la coopération entre les États membres. Il convient donc d'ajouter à la proposition de directive un article consacré aux statistiques ».

¹⁸²⁰ Par ex., v. Rapport du European Institute for Crime Prevention and Control, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, 5^{ème} éd., Heuni, Helsinki, pp. 18-21.

¹⁸²¹ Le groupe de travail de l'OCDE a par exemple recueilli des informations pour analyser les mécanismes de corruption. V., Rapport de l'OCDE, Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, éd. OCDE, 2014.

¹⁸²² Rapport de Transparency International, *Exporting corruption - Progress Report 2015 : Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*, 2015.

¹⁸²³ À ce propos, v. P. CONTE, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Études offertes à Pierre Catala, éd. Litec, 2001, pp. 125-132.

modérée (catégorie 2), limitée (catégorie 3) ou faible voire nulle (catégorie 4). Un effort de contextualisation a été entrepris puisque les seuils de chaque État sont déterminés en fonction de la part moyenne dans l'exportation mondiale sur les quatre dernières années (de 2011 à 2014)¹⁸²⁴. Puis cet État se voit attribuer un certain nombre de points en fonction des mesures mises en œuvre. Par exemple, l'ouverture d'une enquête vaut 1 point tandis qu'une condamnation à une sanction substantielle prononcée dans une affaire grave de corruption en vaudra 10. Le total des points obtenus par un État permet de vérifier s'il dépasse ou non les seuils précités et de procéder au classement correspondant.

Ainsi, la France obtient 60 points pour la période considérée et se situe donc dans une mise en œuvre modérée (catégorie 3). Pour pouvoir espérer changer de catégorie, elle devra atteindre dans les années à venir plus de 70 points. Deux barrières supplémentaires ont été décidées : quel que soit son score, un État ne peut pas faire partie de la catégorie 2, s'il n'a pas ouvert au moins une enquête dans une affaire grave et il ne peut pas faire partie de la catégorie 1, s'il n'a pas imposé au moins une sanction substantielle dans une telle affaire.

729. Classement. Le classement permet de mettre en exergue des lacunes importantes et peut ainsi servir de fondement à une pression politique par la société civile. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE en 1999, environ la moitié des États considérés n'ont pas réussi à engager une seule poursuite pour corruption transnationale et 29 États sur 39 analysés sont dans les catégories 3 et 4. Le rapport a pour vertu d'essayer de tenir compte des efforts concrets : l'ouverture de nombreuses enquêtes sans condamnation est moins récompensée qu'une seule enquête dans une affaire sensible où le corrupteur est sanctionné de manière substantielle. Ainsi, deux États membres sont passés de la catégorie 4 à 3 depuis la précédente évaluation : la Grèce, en raison de l'ouverture de quatre nouvelles enquêtes, ce qui est considéré comme un bon résultat compte tenu de sa part moyenne dans l'exportation mondiale, et les Pays-Bas pour être parvenus à condamner l'auteur d'une infraction grave.

¹⁸²⁴ Les catégories sont définies en fonction du nombre de points totalisés par un État : 40 (active), 20 (modérée), 10 (limitée). Les points sont multipliés par la part moyenne de chaque Etat dans l'exportation mondiale des 4 dernières années. Ainsi, la France compte pour 3,5% en moyenne dans l'exportation mondiale sur la période couverte, et doit donc dépasser les seuils suivants pour changer de catégorie : 3,5 x 40 (active), 3,5 x 20 (modérée) et 3,5 x 10 (limitée) ; ce qui donne les seuils suivants pour la France : 140 (active), 70 (modérée) et 35 (limitée).

Mise en œuvre	États signataires de la convention OCDE ¹⁸²⁵
Active	États-Unis, Allemagne, Royaume-Uni, Suisse
Modérée	Italie, Canada, Australie, Autriche, Norvège, Finlande
Limitée	France, Pays-Bas, Corée du Sud, Suède, Hongrie, Afrique du Sud, Portugal, Grèce, Nouvelle-Zélande
Faible voire nulle	Japon, Russie, Espagne, Belgique, Mexique, Brésil, Irlande, Pologne, Turquie, Danemark, République tchèque, Luxembourg, Argentine, Chili, Israël, Slovaquie, Colombie, Slovénie, Bulgarie, Estonie

Classement relatif à la répression de la corruption active des agents publics étrangers - Rapport « Exporting corruption... », Transparency International, 2015.

730. Portée du classement. De nombreux éléments conduisent à relativiser le classement réalisé et les conclusions qu'il est possible d'en tirer.

En premier lieu, les affaires retenues sous le label de « corruption transnationale » sont très diverses et résultent d'une appréciation subjective : dès lors que la problématique sous-jacente concerne la corruption, l'affaire est comptabilisée même si les autorités de poursuite qualifient les faits de blanchiment, fraude fiscale ou que les poursuites sont engagées en raison d'une violation des obligations comptables. Paradoxalement, l'ineffectivité de l'infraction de corruption peut entraîner l'effectivité d'autres infractions connexes. Aussi, un procureur peut rencontrer des difficultés de preuve ou ne pas vouloir dépendre de la coopération internationale et qualifier les faits en conséquence. Dès lors, une certaine distance vis-à-vis des statistiques fournies apparaît nécessaire¹⁸²⁶, car elles peuvent dissimuler des difficultés dans la répression de la corruption. À titre d'exemple, l'Allemagne est l'un des rares États membres à prononcer de nombreuses sanctions à l'encontre des personnes morales en matière de corruption transnationale. Néanmoins, les autorités allemandes précisent que de nombreux faits qui devraient relever de la corruption sont également poursuivis sous d'autres qualifications, ce qui, de leur point de vue, démontre une meilleure mise en œuvre. Pourtant, il est possible de se demander si la qualification « par défaut » d'une infraction moins grave est satisfaisante : il s'agit

¹⁸²⁵ Les 22 États membres concernés sont représentés en orange, et les États tiers en bleu clair. La Lettonie et l'Islande ont été exclus en raison de leur faible part dans l'exportation mondiale ainsi que, pour le premier, de son adhésion très récente. En outre, les cinq États membres de l'UE exclus, car non signataires de la convention OCDE, sont : Chypre, Croatie, Lituanie, Malte et Roumanie.

¹⁸²⁶ La problématique est similaire à celle des statistiques de l'UE qui visent plusieurs comportements proches de la corruption, même si les infractions sont formellement distinguées.

davantage d'un filet de sécurité pour éviter toute impunité, qu'un succès dans la répression de l'infraction de corruption.

En deuxième lieu, la méthodologie adoptée conduit à ranger dans une même catégorie des États qui connaissent des problématiques de corruption différentes. Or, le faible nombre d'enquêtes et de condamnation peut résulter, par exemple, de l'effet d'autres règles (efficacité des mesures de prévention diminue l'effectivité de la répression) ou du droit pénal lui-même qui s'avère dissuasif (l'efficacité du droit répressif entraîne l'ineffectivité de l'infraction). Transparency International reconnaît d'ailleurs que d'autres facteurs peuvent entrer en jeu : l'investissement étranger, la culture éthique du pays dont la personne morale est ressortissante ou encore les risques de corruption en fonction du type et de la localisation de l'activité de l'entreprise. Un nombre réduit d'enquêtes ne découle donc pas nécessairement d'obstacles dans le droit positif ou d'influences politiques sur les affaires sensibles. Or, le seul élément de contextualisation retenu est la part dans l'exportation mondiale, ce qui est pertinent vis-à-vis de la convention OCDE, mais insuffisant pour dresser une image fidèle de l'effectivité.

À l'inverse, si le comportement social n'est pas modifié alors qu'il existe de nombreuses condamnations, le droit positif de l'État concerné démontre une faible efficacité malgré une forte effectivité de l'infraction (par exemple, les sanctions sont fréquentes, mais trop faibles pour être dissuasives).

En troisième lieu, les informations utilisées par Transparency International ne sont pas issues de données officielles, mais collectées par des experts locaux puis il est tenu compte, le cas échéant, des commentaires formulés par le représentant, au sein du groupe de travail de l'OCDE, de chaque État concerné. Outre la fiabilité relative des informations ainsi collectées, il est nécessaire de souligner la faible pertinence de ces statistiques dans le contexte de l'Union européenne : d'une part, tous les États membres ne font pas partis du classement et, d'autre part, il n'a pas été tenu compte des affaires conduites « *au nom de l'Union européenne* ». Ainsi, les enquêtes de l'OLAF n'ont pas été portées au crédit de la Belgique ou du Luxembourg. Si l'exclusion des enquêtes conduites par les agences européennes apparaît cohérente avec l'objet du rapport, il n'est pas précisé si celles-ci réintègrent les statistiques lorsqu'il y a transmission à l'État membre concerné des éléments recueillis.

B. La participation de l'UE au GRECO

731. Alors que la majorité des États membres est déjà soumise à trois mécanismes internationaux d'évaluation dans le domaine de la lutte contre la corruption (OCDE, GRECO et UNCAC), l'élaboration d'un nouveau rapport anticorruption par l'Union européenne pose nécessairement la question de sa complémentarité avec les suivis existants. Si la problématique est globale¹⁸²⁷, elle concerne plus particulièrement les deux organisations européennes, leurs compétences *ratione loci* et *ratione materiae* ayant tendance à se superposer¹⁸²⁸. En effet, si la finalité poursuivie par les deux organisations avait jusqu'à présent permis une certaine complémentarité, le rapprochement des compétences conduit à rechercher celle-ci de manière formelle afin de prévenir en amont le risque de duplication¹⁸²⁹.

732. La participation de l'Union est explicitement envisagée par l'article 5 du statut du GRECO :

*« La Communauté Européenne peut être invitée par le Comité des Ministres à participer aux travaux du GRECO. Les modalités de la participation de cette dernière sont définies par la résolution l'invitant à y participer »*¹⁸³⁰.

733. De manière cohérente, l'article 2 du règlement intérieur du GRECO, adopté lors de la première réunion plénière¹⁸³¹ et amendé de nombreuses fois depuis¹⁸³², vient préciser les différents moyens dont dispose la Communauté européenne pour obtenir la qualité de

¹⁸²⁷ À ce propos, v. L. SALAZAR, « Monitoring International Instruments against Corruption – Any need for Better Coordination... ? » *eu crim*, n° 1, 2012, pp. 20-24. V. égal., Les lignes directrices révisées pour les examens de la phase de l'OCDE, para. 26.

¹⁸²⁸ En 2007, un *Memorandum* d'accord conclu entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne a ainsi fixé un cadre commun afin d'anticiper la multiplication des interactions et assurer une plus grande coordination. L'accord est disponible sur le site officiel de la Commission européenne, v. URL : http://ec.europa.eu/justice/international-relations/files/mou_2007_fr.pdf

¹⁸²⁹ L'observation ne se limite pas à l'hypothèse de la corruption. À ce sujet, v. not. S. KHABIRPOUR, « Les interactions du point de vue de l'évaluation entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne », *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, in S. DE BIOLLEY, A WEYEMBERGH (dir.), coll. Études européennes, éd. Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 153-160, spéc. pp. 156-157.

¹⁸³⁰ V. Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Résolution (98) 7 portant autorisation de créer l'accord partiel et élargi établissant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO »*, 5 mai 1998 ; Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Résolution (99) 5 instituant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO »*, 1^{er} mai 1999.

¹⁸³¹ Rapport du GRECO, *Rapport de la 1^{ère} réunion*, 15 nov. 1999, GRECO (99) 7.

¹⁸³² Pour la dernière version, v. Règlement intérieur du GRECO, 19 oct. 2012, GRECO (2012) 26F.

membre, à partir des dispositions générales prévues dans la résolution statutaire(93)28 du Comité des Ministres¹⁸³³.

734. L'intérêt porté par la Commission européenne au mécanisme d'évaluation du GRECO semble s'être progressivement modifié : alors qu'elle considérait initialement qu'il s'agissait d'un moyen privilégié et exclusif de suivi, tous les États membres ayant adhéré aux conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe y étant soumis, qu'ils aient ou non ratifié ces instruments, elle semble aujourd'hui y voir un mécanisme complémentaire et accessoire de son propre rapport.

En effet, dans sa communication de 2003 sur une « politique globale de l'UE contre la corruption », la Commission observe que la seule façon de prouver l'efficacité des efforts internationaux est de s'assurer que les États membres « *font l'objet de mécanismes de contrôle et d'évaluation basés sur le principe de l'évaluation par les pairs* »¹⁸³⁴. Toutefois, soucieuse de tenir compte des activités des autres instances internationales, comme le recommande le Conseil¹⁸³⁵, mais également d'éviter le « *chevauchement d'activités [qui] peut mobiliser inutilement des ressources, voire se révéler contre-productif* »¹⁸³⁶, la Commission estime alors préférable d'adhérer elle-même aux conventions du Conseil de l'Europe et de négocier avec ce dernier les conditions et les modalités de participation de la Communauté au GRECO¹⁸³⁷. Ce n'est qu'en cas d'échec du rapprochement qu'une action séparée sera mise en place : « *au cas où la participation au GRECO ne serait pas considérée comme une option viable, la Commission étudierait la possibilité de mettre en place un mécanisme communautaire séparé d'évaluation mutuelle et de contrôle concernant la lutte contre la corruption* ». En outre, le mécanisme envisagé est alors exclusivement une évaluation mutuelle par les États membres sous l'égide de l'Union européenne et non un rapport émis par une institution européenne.

735. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Commission, qui estime être en mesure d'adopter une politique anticorruption renforcée¹⁸³⁸, a donc inversé les raisons

¹⁸³³ Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Résolution statutaire (93) 28 sur les accords partiels et élargis*, 14 mai 1993.

¹⁸³⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, p. 10.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, p. 5 et p. 10.

¹⁸³⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸³⁸ TFUE (Lisbonne), art. 67.

pour lesquelles l'élaboration de son propre rapport anticorruption est nécessaire : ce nouveau rapport ne symbolise pas l'échec des négociations entre l'UE et le GRECO, mais naît d'une volonté de remédier aux lacunes des autres mécanismes d'évaluation qui connaissent des limites. Paradoxalement, il entend s'inspirer largement des rapports des autres organisations et profiter de l'expertise du GRECO. Aussi, il est possible d'avancer, contrairement à l'affirmation de la Commission¹⁸³⁹, que la participation au GRECO n'est pas un « *mécanisme complémentaire* » : c'est le rapport anticorruption de l'UE qui vient compléter, pour ses propres besoins, les mécanismes internationaux existants. Dès lors, afin d'éviter les doublons, la répartition des rôles ou la « synergie » entre l'Union européenne et le GRECO apparaît comme un enjeu central.

En 2011, le rapport de la Commission au Conseil sur les modalités de participation de l'UE au GRECO¹⁸⁴⁰ pose les bases des négociations à venir avec le GRECO. Les objectifs annoncés ne sont pas éloignés de ceux du rapport anticorruption : stimuler la volonté politique des EM, accroître l'efficacité de l'actuel cadre juridique et institutionnel et assurer la cohérence entre les instruments. À cette fin, la Commission souhaite *a minima* que l'UE participe aux visites sur place dans les États membres, puisse formuler des suggestions et participer aux débats, soit associée au Bureau du GRECO tout en contribuant à son budget. De surcroît, elle entend obtenir du GRECO des activités supplémentaires au seul bénéfice de l'Union : le GRECO serait chargé d'effectuer, sur la base de ses propres cycles d'évaluation, une analyse comparative des États membres et recenser, pour les besoins du rapport anticorruption de l'UE, les recommandations non mises en œuvre par les États membres. En échange, le GRECO bénéficierait indirectement de l'influence politique de l'Union européenne et pourrait, éventuellement, se joindre au groupe d'experts chargé de conseiller la Commission dans la mise en œuvre de son suivi¹⁸⁴¹.

736. Afin de mieux appréhender le choix de la Commission en 2012¹⁸⁴², il semble nécessaire de revenir sur les modalités de participation qui s'offrent à l'UE. En effet, le

¹⁸³⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social

européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, p. 6.

¹⁸⁴⁰ Rapport de la Commission au Conseil sur les modalités de participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO), 6 juin 2011, COM(2011) 307 final.

¹⁸⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe*, 19 oct. 2012, COM(2012) 604 final.

¹⁸⁴² V. *infra*, n° 737.

GRECO ne prévoit que deux formes d'association : le statut d'observateur et la participation. Le statut d'observateur est cependant écarté par la Commission, car, s'il n'implique aucune participation budgétaire, il ne permet pas d'atteindre les objectifs visés. L'adhésion de l'UE aux conventions du Conseil de l'Europe est également exclue, alors qu'il s'agissait de la voie initiale choisie dans la communication de 2003. S'agissant de la participation, les modalités précises doivent être fixées, conformément au statut et au règlement intérieur du GRECO¹⁸⁴³, par un accord spécifique. Aussi, la Commission étudie trois options : une appartenance de plein droit, une adhésion avec droit de vote limité ou un programme conjoint.

L'appartenance de plein droit suppose que l'UE bénéficie des mêmes droits et devoirs que les États membres : elle devra se soumettre, conformément à l'article 8, paragraphe 6 des statuts du GRECO à une évaluation et sera titulaire d'un droit de vote sur toutes les décisions, y compris sur celles relatives à l'adoption des évaluations. Cette solution correspond donc à la participation classique des autres membres du GRECO et présente l'avantage de permettre la réalisation de tous les objectifs visés.

L'adhésion avec droit de vote limitée exclut l'évaluation des institutions de l'UE par le GRECO. L'Union ne bénéficierait alors plus du droit de voter les rapports d'évaluation ou de conformité. Son droit de vote serait limité aux questions procédurales, financières et budgétaires, ce qui apparaît cohérent puisqu'elle participerait au budget du GRECO, à la différence des observateurs. Les modalités pratiques seraient alors revues périodiquement et la contribution du GRECO au rapport anticorruption de l'UE (analyse comparative et signalement des recommandations non mises en œuvre) serait maintenue.

Enfin, le programme conjoint paraît éloigné des objectifs annoncés puisqu'il peut s'analyser comme une solution purement technique qui supprime entièrement la nécessité d'une évaluation réciproque ou tout droit de vote de l'Union et qui permet uniquement de bénéficier de l'expertise du GRECO.

737. Le rapport susmentionné présente les choix qui s'offrent à l'UE, mais ne consacre aucune position. Or, dès 2012, la Commission communique au Parlement

¹⁸⁴³ V. *supra*, n^{os} 732. -733.

européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, une méthodologie originale articulée en deux temps¹⁸⁴⁴.

Dans un premier temps, l'Union adopterait une solution intermédiaire qui a pour principal effet d'exclure l'évaluation mutuelle. Parmi la liste des objectifs annoncés, il est possible d'en isoler certains qui permettraient à la Commission d'enrichir considérablement son rapport anticorruption : la participation aux visites sur place et les activités supplémentaires demandées au GRECO (analyse comparative et signalement des recommandations non mises en œuvre). Par ailleurs, la Commission souligne les différents principes qui devront être explicitement respectés : le principe de neutralité en ce qui concerne les pouvoirs de l'Union et les obligations des États membres, le principe d'attribution des compétences tel qu'il figure à l'article 13, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne, le principe d'équilibre institutionnel découlant de la jurisprudence de la Cour de justice, ainsi que le principe d'interprétation autonome du droit de l'Union.

Dans un second temps, et au plus tard quatre ans après le début de la participation de l'Union au GRECO, les modalités de participation devront être réévaluées et, selon les conclusions, « *une adhésion de plein droit pourrait être envisagée* »¹⁸⁴⁵. En effet, il est ici avancé la difficulté à mettre en place une évaluation des institutions de l'UE qui, par définition, ne peut être identique à celle prévue pour les États membres. Le rapprochement en deux étapes permettrait donc de bénéficier immédiatement de certaines mesures et d'adopter un système d'évaluation spécifique.

738. Avant d'aborder le nœud du problème, une remarque préliminaire sur la communication susmentionnée peut être formulée. En effet, compte tenu des nouvelles modalités proposées, et contrairement à ce qu'elle avait annoncé antérieurement¹⁸⁴⁶, la Commission estime qu'elle n'a pas besoin de demander l'autorisation du Conseil pour participer aux travaux du GRECO, du moins pour accomplir la première étape. En effet, il n'y a plus d'évaluation mutuelle et, dans le prolongement, l'Union ne sera pas contrainte d'accepter les principes directeurs du Conseil de l'Europe. De surcroît, ni la compétence de l'UE ni les droits et obligations des États membres ne seront affectés. Aussi, la

¹⁸⁴⁴ V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe*, 19 oct. 2012, COM(2012) 604 final.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁴⁶ Rapport de la Commission au Conseil sur les modalités de participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO), 6 juin 2011, COM(2011) 307 final, p. 5.

procédure relative à la conclusion des accords internationaux, prévue par l'article 218 TFUE, n'est plus obligatoire. Une autre solution est donc envisageable : aux termes de l'article 220 TFUE, la Commission a compétence pour établir « *toute coopération utile avec [...] le Conseil de l'Europe* ».

Lorsque son action est fondée sur l'article 220 TFUE, l'Union entre en relation avec une autre organisation internationale selon les dispositions fondant cette organisation¹⁸⁴⁷. La Commission ne dit d'ailleurs pas autre chose en soulignant que l'appartenance de l'Union se réaliserait par une invitation officiellement communiquée par le GRECO, définissant les modalités telles que négociées, conformément à l'article 5 du statut susmentionné. La Commission n'aurait alors plus qu'à accepter l'invitation et informer le Conseil, le Parlement européen et le Comité économique et social européen.

Le choix de la Commission a entraîné une certaine confusion sur le statut que souhaite obtenir l'UE au sein du GRECO. Ainsi, lorsque la Commission agit sur le fondement de l'article 220 TFUE « *la forme "habituelle" [...] est celle de l'observateur, statut qui renvoie à des réalités diverses (ibid., invité, invité spécial, observateur passif, etc.)* »¹⁸⁴⁸. Or, participant au budget¹⁸⁴⁹, non seulement la Commission ne souhaite pas obtenir le statut d'observateur et participerait au vote sur les questions procédurales, financières et budgétaires, mais elle emploie une expression particulièrement ambiguë : l'UE deviendrait un « *participant à part entière* ». La définition donnée en note de bas de page mérite ici d'être soulignée : « *expression couramment utilisée pour désigner les situations dans lesquelles, sans être membre à part entière d'une organisation, l'Union européenne jouit d'un ensemble de droits très proche de celui dont bénéficient les membres, à l'exception du droit de vote* »¹⁸⁵⁰.

Aussi, la demande de l'UE semble correspondre à une « *adhésion avec droit de vote limité* » évoquée dans sa communication de 2011, mais retient un vocabulaire propre à

¹⁸⁴⁷ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, juin 2011, actu. avril 2015, para. 125.

¹⁸⁴⁸ Nous soulignons. *Idem*.

¹⁸⁴⁹ Paradoxalement, le budget prévu pour devenir « participant à part entière », qui implique la suppression ou limitation du droit de vote, est équivalent à celui évoqué dans le rapport de 2011 pour une participation classique, c'est-à-dire avec droit de vote. La Commission avait pourtant estimé que, dans le cas d'une limitation du droit de vote, le montant versé serait légèrement inférieur à ce qu'il serait en cas d'appartenance de plein droit puisque la participation de l'UE au processus d'évaluation serait restreinte.

¹⁸⁵⁰ Nous soulignons. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe*, 19 oct. 2012, COM(2012) 604 final, p. 2.

l'UE. La confusion créée par ces approximations a d'ailleurs été récemment critiquée par le Président du GRECO devant le Comité des Ministres : « *l'Union européenne devrait adhérer pleinement au GRECO dès le départ et non à travers un statut transitoire ou ce qu'ils appellent "un participant à part entière" ce qui, soit dit en passant, est un statut qui n'est prévu par aucun instrument statutaire du GRECO* »¹⁸⁵¹. Dans la perspective des négociations, il aurait donc été préférable de l'éviter¹⁸⁵². Alors que le premier rapport anticorruption a été publié en 2014 et que le second est prévu pour 2016, la participation de l'UE au GRECO ne semble pas actée. En mars 2015, lors d'une audition réalisée conjointement par plusieurs commissions parlementaires, le directeur général de la Direction Générale pour la Migration et les Affaires Intérieures a ainsi mis en exergue les divergences entre la Commission et le Conseil « *qui ont dressé des barrières immenses pour pouvoir agir concrètement* »¹⁸⁵³.

Le principal point de désaccord porte sur l'évaluation des institutions européennes par le GRECO. La Commission souligne, sans fournir d'exemples, que la méthodologie employée pour évaluer les États membres n'est pas directement transposable. Il est ici possible de penser aux questions pratiques qui devront nécessairement être résolues (objet des évaluations, institutions évaluées, organisation des visites sur place, etc.), mais également au respect des principes mentionnés dans la communication de 2012 et destinés à garantir l'indépendance de l'Union européenne vis-à-vis du GRECO. Aussi, un rapprochement en deux étapes permettrait d'assurer immédiatement une synergie entre les deux organisations.

739. Or, le GRECO n'estime pas nécessaire de procéder par étapes successives : les institutions européennes doivent être soumises aux évaluations mutuelles dès le départ. En effet, la question de la contrepartie des services rendus par le GRECO à l'Union européenne pour son rapport anticorruption se pose. Tout d'abord, l'influence politique

¹⁸⁵¹ V. Échange de vue entre le Président du GRECO et le Comité des Ministres, 17 juin 2015, p. 26 figurant en Appendix III du Rapport de synthèse de la 68^{ème} séance plénière (15-19 juin 2015).GRECO(2015) 10E : « *the EU should seek full membership from the start and not pass through a transitional status as what they called "a full participant", which, by the way, is a status that is not foreseen under any of GRECO's statutory instruments* ».

¹⁸⁵² L'expression sera, par conséquent, exclue de la présente étude au profit de l'expression « adhésion avec droit de vote limité ».

¹⁸⁵³ V. A. SALVATI, « "Vers un niveau élevé de responsabilité, de transparence et d'intégrité au sein des institutions européennes". Compte-rendu de l'audition commune du 26 mars 2015 », *EU-Logos Athéna* [En ligne], URL : <https://europe-liberte-securite-justice.org/2015/04/19/vers-un-niveau-eleve-de-responsabilite-de-transparence-et-dintegrite-au-sein-des-institutions-europeennes-compte-rendu-de-laudition-commune-du-26-mars-2015/>

de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption à travers un instrument de droit souple apparaît incertaine et difficilement quantifiable. L'absence de réforme engagée par les États membres à la suite de la publication du premier rapport anticorruption en 2014 invite à la prudence. Ensuite, l'évaluation mutuelle constitue la pierre angulaire de l'activité du GRECO, les obligations réciproques assurant l'efficacité du mécanisme. L'Union européenne se confronte ici à une lutte contre la corruption tournée vers le respect de l'État de droit et non vers une protection d'intérêts économiques et financiers : le contrôle de l'intégrité des institutions européennes est donc central. Enfin, il est possible de relever les faibles garanties apportées la Commission. La participation d'un membre du GRECO au groupe d'experts de l'UE est seulement envisagée. De surcroît, en agissant sur le fondement de l'article 220 TFUE pour la première étape, la Commission européenne ne peut pas formellement promettre la pleine participation de l'Union pour la seconde étape. En effet, dans le cadre de l'évaluation mutuelle, l'Union européenne sera soumise à des droits (notamment, droit de vote, décision de lever ou non la confidentialité du rapport d'évaluation) et obligations réciproques (évaluations mutuelles) et devra adhérer aux principes directeurs du Conseil de l'Europe. Il sera alors nécessaire de demander l'autorisation du Conseil suivant la procédure prévue par l'article 218 TFUE.

740. Les objections formulées par le GRECO ont peut-être conduit la Commission à abandonner l'idée d'une participation en deux phases. Le Programme d'activité 2015 du GRECO relève ainsi : « *L'un des éléments sur lequel il conviendra de se pencher attentivement en 2015 sera la suite donnée à l'Étude d'impact concernant la possible adhésion de l'UE au GRECO ; cette étude, qui entend clarifier les implications concrètes et légales d'une évaluation des institutions de l'UE par le GRECO, a été lancée par la Commission européenne en 2013* »¹⁸⁵⁴. Toutefois, la Commission n'ayant pas clairement établi de nouvelle stratégie, plusieurs institutions européennes ont critiqué la lenteur des consultations¹⁸⁵⁵. Ainsi, dans son programme sur les priorités de l'UE pour la coopération avec le Conseil de l'Europe en 2016 et 2017, le Conseil évoque toujours la participation au GRECO parmi les mesures en faveur de l'État de droit, mais le projet semble encore lointain : « *L'analyse des implications qu'entraîne la participation pleine et entière de l'UE au GRECO est toujours en cours ; la participation demeure l'objectif à long*

¹⁸⁵⁴ Programme d'activités 2015 du GRECO, 12 déc. 2014, GRECO (2014) 15F Final, para. 10.

¹⁸⁵⁵ Par ex., v. Communiqué de presse du Conseil JAI, 5 et 6 juin 2014, Doc. n° 10578/14, p. 17 ; Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, para. 14.

terme »¹⁸⁵⁶. Au plan externe, la période de consultation des institutions européennes a entraîné une certaine inquiétude de la part du GRECO : « [le GRECO] exprime sa préoccupation quant à l'absence apparente de progrès concrets vers l'adhésion de l'Union Européenne au GRECO, depuis l'adoption par la Commission d'une Communication à ce sujet en octobre 2012 »¹⁸⁵⁷.

741. Il résulte de ce qui précède que le rapport anticorruption de l'UE n'est pas conçu pour fonctionner de manière autonome : la Commission a entendu déléguer au GRECO certaines activités essentielles afin d'éviter les doublons et assurer une meilleure coordination au niveau européen. L'absence de consensus quant aux modalités de participation de l'Union a entraîné un retard considérable alors qu'il était prévu de faire fonctionner dès le départ les deux mécanismes de concert¹⁸⁵⁸. Tant que la participation de l'UE au GRECO n'a pas été concrétisée, aucune évolution drastique de la méthodologie adoptée dans le premier rapport anticorruption doit être attendue. Dès lors, la participation au GRECO n'est pas un simple mécanisme complémentaire, mais une condition de l'efficacité et de la crédibilité du rapport anticorruption de l'UE.

II. Les limites d'une lutte contre la corruption réduite au droit souple

742. Le mécanisme général d'évaluation de l'Union européenne amorce le renversement d'un triple paradigme dans la lutte contre la corruption menée au sein de l'ELSJ. En effet, depuis le milieu des années 1990, la lutte contre la corruption se réalise principalement au moyen d'une harmonisation des incriminations par le biais d'instruments contraignants. Depuis 2011, la Commission européenne estime que la lutte contre la corruption doit être casuistique, axée sur la prévention et orientée par des instruments de droit souple.

743. En effet, le rapport anticorruption « repose sur l'idée qu'il n'y a pas de solution unique au problème de la corruption. Il ne propose donc pas de solutions uniformes pour

¹⁸⁵⁶ Résultats des travaux du secrétariat général du Conseil, Annexe, 18 janv. 2016, Doc. n° 5339/16, p. 19.

¹⁸⁵⁷ Rapport du GRECO, 71^{ème} réunion plénière du GRECO, 18 mars 2016, GRECO(2016) 7, para. 33.

¹⁸⁵⁸ En 2011, il était prévu une entrée en vigueur parallèle. V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, p. 6 ; Rapport de la Commission au Conseil sur les modalités de participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO), 6 juin 2011, COM(2011) 307 final.

l'ensemble des États membres [...] Il y a dix ans, les stratégies globales de lutte contre la corruption étaient considérées comme le moyen universel de faire figurer la corruption en tête des agendas politiques et de mobiliser la volonté politique et les ressources. Mais les résultats ont été inégaux. Si, dans certains cas, les travaux sur les stratégies ont été le catalyseur d'un véritable progrès, dans certains autres, des stratégies remarquables n'ont produit que peu ou pas d'effets sur la situation sur le terrain »¹⁸⁵⁹. Aussi, la Commission refuse que son rapport soit source de standards : « La corruption est un phénomène complexe dont les dimensions économique, sociale, politique et culturelle ne peuvent être facilement écartées. Une réponse politique effective ne saurait se limiter à une panoplie de mesures standard : il n'existe pas de solution universelle. Le rapport se penche donc sur la corruption dans le contexte national de chaque État membre, et indique comment les questions revêtant le plus d'intérêt pour chaque État membre peuvent être abordées dans le contexte national »¹⁸⁶⁰. Le raisonnement tenu ici n'est pas sans rappeler celui qui est avancé par les entreprises dans le cadre des stratégies de prévention de la corruption : les plans internes ne doivent pas être soumis à des réglementations strictes, mais rester dans le champ de la RSE, afin de disposer de la souplesse nécessaire pour mettre en place des solutions adaptées aux risques effectivement rencontrés (activités exercées, implantations géographiques, partenaires commerciaux, etc.). Toutefois, l'affirmation de la Commission, qui sous-tend l'ensemble du mécanisme d'évaluation, apparaît très générale et entraîne plusieurs observations.

Tout d'abord, même si elle se refuse à le reconnaître, la Commission dégage certaines « solutions communes ». En identifiant des tendances et en réalisant des études transversales et thématiques, elle tend à démontrer que son propre axiome n'est pas absolu. À titre d'exemple, elle estime que les organismes anticorruption résultent d'un effet de mode et ont donné des résultats inégaux : dans certains pays, ils ont eu un rôle négatif en donnant l'impression que les autres autorités n'avaient pas besoin de faire leur part du travail (aspect contextuel). Elle en déduit ne pas devoir imposer de solution universelle¹⁸⁶¹. Or, dans son rapport, elle identifie des facteurs non contextuels qui ont influencé la réussite des agences anticorruption¹⁸⁶² comme les garanties d'indépendance, la promotion fondée sur le mérite, un accès rapide aux bases de données, etc. Aussi,

¹⁸⁵⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 46.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁸⁶² *Ibid.*, p. 15.

certaines mises en garde ne sont pas convaincantes : « *Ni le rapport général ni les analyses par pays ne visent à établir des critères de référence universels [concernant les pratiques de lutte contre la corruption dans les marchés publics] ; ils cherchent plutôt à présenter les points faibles et les solutions correspondantes (en matière de prévention et de répression) qui ont été couronnées de succès ou qui ont échoué dans la pratique* »¹⁸⁶³. Une réflexion sur les standards communs et sur des recommandations adaptées à chaque État membre semble pouvoir être menée de front : le travail des groupes de suivi anticorruption de l'OCDE et du GRECO va déjà dans un sens similaire.

Ensuite, l'approche casuistique de la Commission semble elle-même inaboutie, le premier rapport anticorruption s'avérant descriptif. Ainsi, la Cour des comptes européenne a pu souligner qu'il « *n'existe pas d'analyse (transnationale) comparative qui permettrait de déterminer quels facteurs contextuels sont importants, et pourquoi. L'on ne dispose pas davantage d'informations sur les interactions et interdépendances entre différentes mesures anticorruption. Comment certaines interventions sont-elles soutenues (ou limitées) par d'autres mesures et par des réformes plus larges de la gouvernance, telles que des réformes de la gestion des finances publiques (portant, par exemple, sur l'administration fiscale et la gestion budgétaire, les statistiques publiques, les pouvoirs adjudicateurs ou les institutions supérieures de contrôle) ?* »¹⁸⁶⁴.

Enfin, la volonté de porter une attention particulière au contexte des États membres et le refus de solutions universelles pour susciter un surcroît de volonté politique ressemble à une justification *a posteriori* de l'absence de nouvelle proposition législative qui consisterait justement dans l'adoption de normes communes, à charge pour les États membres de les adapter.

744. Outre l'évolution de méthodologie susmentionnée, le rapport anticorruption démontre une attention particulière pour les questions de prévention au détriment d'une évaluation des incriminations et des sanctions. Aussi, il traite de domaines sur lesquels l'Union européenne ne dispose d'aucune compétence (par ex., le financement des partis politiques), mais qui ont une influence sur la lutte contre la corruption : « *Le rapport est centré sur une série de questions clés qui revêtent un intérêt particulier dans chaque État membre. Il passe en revue tant les bonnes pratiques que les lacunes, et énumère des*

¹⁸⁶³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁸⁶⁴ Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN, encadré 3.

mesures qui permettront aux États membres de combattre plus efficacement la corruption. La Commission reconnaît que certaines de ces questions relèvent uniquement de la compétence nationale. Il est toutefois dans l'intérêt commun de l'Union de veiller à ce que tous les États membres se dotent de politiques anticorruption efficaces, et de les aider à poursuivre cette lutte »¹⁸⁶⁵.

Or, le recours à l'harmonisation pénale sur le fondement de l'article 83, paragraphe 1 du TFUE n'aurait pas permis l'exercice d'une influence aussi large sur les États membres, y compris à travers les mesures d'accompagnement.

745. Il résulte de ce qui précède que la Commission a choisi de recourir à un instrument de droit souple, estimant que des recommandations non contraignantes, mais adaptées aux besoins des États membres permettraient de soutenir plus efficacement les efforts de ces derniers dans la transposition et surtout la mise en œuvre de la lutte contre la corruption nationale et transnationale. Elle fait donc le choix d'une influence essentiellement politique et juridiquement non contraignante. En outre, le rapport anticorruption est présenté comme préparant une plus grande intégration : « *La Commission envisagera à moyen et long terme, au vu des conclusions du futur rapport anticorruption de l'UE, la nécessité de nouvelles initiatives d'action de l'UE, au nombre desquelles le rapprochement des législations pénales en matière de corruption* »¹⁸⁶⁶.

Toutefois, plusieurs éléments laissent penser que le rapport anticorruption s'est substitué à une nouvelle harmonisation du droit pénal substantiel. L'« étude d'impact » des services de la Commission qui a servi à la préparation de la décision instituant le nouveau mécanisme de suivi, a analysé quatre options : le statut quo, la participation de l'UE au GRECO, un mécanisme périodique de suivi et une nouvelle législation européenne. Or, ces deux dernières options n'ont pas été conçues pour fonctionner ensemble, mais de manière alternative. Le raisonnement apparaît d'ailleurs clairement¹⁸⁶⁷ : la Commission estime que l'article 83 TFUE offre les bases suffisantes

¹⁸⁶⁵ Nous soulignons. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, p. 3.

¹⁸⁶⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social

européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, COM(2011) 308 final, p. 9.

¹⁸⁶⁷ Commission Staff Working Paper Accompanying document to the Draft Commission decision on establishing an EU anti-corruption reporting mechanism for periodical evaluation (« EU Anti-Corruption Report »), p. 34, URL : http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0660_en.pdf ; v. égal., SEC(2011) 660.

pour une directive anticorruption, mais elle constate en même temps qu'il existe déjà des conventions internationales sur le sujet (OCDE, Conseil de l'Europe et Nations Unies – elle ne mentionne pas les instruments de l'UE) et qu'une nouvelle harmonisation par le biais de l'UE n'entraînerait pas une plus grande volonté politique des États membres, le problème central résidant dans la mise en œuvre du cadre juridique existant. Aussi, la Commission souhaite favoriser une initiative qui influencerait immédiatement sur cette volonté politique.

Le refus d'une intégration de la lutte contre la corruption se traduit également par la distinction des suivis (mécanisme général et rapports de conformité) et par l'absence de saisine de la Cour de Justice pour faire respecter les prescriptions de la décision-cadre du 22 juillet 2003.

Enfin, la référence explicite à l'article 83§1TFUE dans le préambule de la décision instituant le rapport anticorruption est paradoxale. Ce dernier est en effet destiné à l'harmonisation des incriminations et des sanctions par le biais d'un instrument contraignant. La Commission européenne instrumentalise la liste des « eurocrimes » pour justifier l'instauration d'un mécanisme général de suivi.

746. Le choix de la Commission européenne de recourir à un instrument de droit souple apparaît peu convaincant. Le rapport anticorruption de l'UE n'est pas entièrement dénué d'intérêt et est susceptible d'entraîner une dynamique positive : il permet d'engager un dialogue avec l'ensemble des acteurs concernés et il est possible d'attendre des évolutions concrètes de la participation des associations à son élaboration, qui pourront par la suite exercer une influence sur les autorités nationales, voire légitimer l'action politique au plan interne. De même, le programme de partage des expériences destiné à prolonger les conclusions du rapport pourrait s'avérer efficace¹⁸⁶⁸. Enfin, il est possible d'attendre de la participation au GRECO (évaluation qualitative de l'effectivité) et du perfectionnement des statistiques criminelles (évaluation quantitative de l'effectivité) un renforcement important de la portée du mécanisme.

Toutefois, la capacité de recommandations non contraignantes à susciter un surcroît de volonté politique reste incertaine et connaît également des limites. À partir du moment où il n'existe ni récompense ni sanction pour les efforts entrepris, certains auteurs

¹⁸⁶⁸ E. TASEVA, « The New European Commission anti-corruption package : Towards a More Efficient Fight Against Corruption », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, n° 3-4, 2012, pp. 344-362, spéc. pp. 358-359.

soulignent que les gouvernements agissent de manière rationnelle et calculent le coût et le bénéfice politique de chaque action : il est alors nécessaire de trouver une justification externe crédible pour que l'État membre ait un intérêt à se conformer¹⁸⁶⁹. À titre d'exemple, l'efficacité du Mécanisme de Coopération et de Vérification découle essentiellement de la perspective d'adhérer à l'Union européenne et, aujourd'hui, à l'« espace Schengen ». La Bulgarie présente d'ailleurs un ralentissement des réformes entreprises ainsi que des résultats en demi-teinte¹⁸⁷⁰.

De plus, dans sa forme actuelle, le rapport anticorruption ne semble pas en mesure d'assurer l'effet escompté sur les États membres : il s'apparente davantage à un relai inabouti des initiatives externes qu'à une action complémentaire autonome et efficace. Son rôle d'orientation des politiques de l'Union apparaît également faible : il ne fournit aucune analyse sur la mise en œuvre des instruments de l'UE et ne tient pas compte des compétences d'attribution dans ses recommandations. Aussi, il apparaît possible de remettre en cause l'idée selon laquelle le mécanisme général de suivi permet d'influencer la volonté politique des États membres à court terme, alors qu'une directive anticorruption n'aurait que des effets incertains à long terme¹⁸⁷¹.

747. Dès lors, l'adoption d'une directive anticorruption sur le fondement de l'article 83 TFUE apparaît comme une solution indispensable non seulement pour rationaliser et moderniser le cadre juridique de l'Union européenne, mais également pour assurer la mise en œuvre par les États membres. Cette option permettrait de garantir une cohérence tant interne qu'externe dans l'action de l'UE. Au plan interne, la Commission disposera d'une base solide et claire pour saisir la CJUE en cas de manquement d'un État membre. Une influence plus large pourra être exercée au moyen d'une évaluation générale, critique, autonome et unique. En outre, en éclaircissant le rôle et les objectifs de l'Union, les États membres pourront plus facilement engager une réflexion européenne sur une lutte contre la corruption susceptible non seulement de répondre aux enjeux d'un marché unique, mais également à la guerre économique menée

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, pp. 357-358.

¹⁸⁷⁰ Par ex., v. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Bulgarie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 28 janv. 2015, COM(2015) 36 final.

¹⁸⁷¹ Commission Staff Working Paper Accompanying document to the Draft Commission decision on establishing an EU anti-corruption reporting mechanism for periodical evaluation (« EU Anti-Corruption Report »), pp. 37-42, URL : http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0660_en.pdf

à travers les condamnations des entreprises européennes à l'étranger. Au plan externe, l'UE se positionnerait également comme un acteur central dans la lutte contre la corruption. Les États candidats et les États voisins disposeraient d'éléments clairs sur les standards exigés au sein de l'ELSJ, alors que l'identification de l'acquis communautaire reste actuellement difficile¹⁸⁷². La synergie avec les autres organisations internationales pourrait être assurée en plaçant l'UE au centre des mécanismes d'évaluation et en permettant aux États membres d'anticiper les besoins communs des groupes de suivi internationaux. À cet effet, la création d'une plate-forme permettant de coordonner chaque action d'évaluation¹⁸⁷³ apparaît comme une méthode que l'UE a intérêt à promouvoir.

748. En maintenant la lutte contre la corruption dans une logique intergouvernementale, la Commission européenne ne prépare pas l'Union à une action intégrée et efficace. À l'inverse, la protection des intérêts financiers bénéficie de toutes les possibilités offertes par le droit primaire depuis le traité de Lisbonne. Elle justifie la création d'un procureur européen, dont les compétences pourraient à terme être étendues à l'eurocrime de corruption.

¹⁸⁷² E. TASEVA, *op. cit.*, spéc. p. 360.

¹⁸⁷³ À ce propos, v. L. SALAZAR, « Monitoring International Instruments against Corruption – And Need for Better Coordination... ? », *eucri*, n° 1, 2012, pp. 20-24, spéc. p. 24.

CHAPITRE II – La réforme de l’OLAF : le renforcement de l’efficacité opérationnelle des enquêtes anticorruption européennes

749. L’office européen de lutte antifraude (ci-après, « OLAF »), créé en 1999, se trouve à la croisée des deux logiques, intergouvernementale et supranationale, susceptibles de gouverner l’action de l’Union européenne en matière de lutte contre la corruption.

En effet, l’Office a pour mission de conduire des enquêtes administratives internes et externes afin de renforcer la lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l’UE. La position particulière de l’Office, service de la Commission qui présente des garanties d’indépendance, lui permet de conduire des enquêtes relatives à des faits de corruption qu’il aurait été difficile, voire impossible, de confier avec succès à des autorités nationales. Cependant, la logique intergouvernementale est préservée par la nature administrative des enquêtes et par le fonctionnement réticulaire de l’Office : il ne dispose pas sur le territoire des États membres des mêmes pouvoirs d’enquête que les services répressifs nationaux et son rôle consiste à établir un rapport qui sera ensuite transmis aux autorités nationales, libres d’en suivre ou non les recommandations. Aussi, le fonctionnement réticulaire de l’OLAF limite nécessairement son rôle dans la répression de la corruption (I).

Toutefois, sa position privilégiée, et sa capacité de détection des infractions et de projection dans les enquêtes transnationales en font un acteur central, ou du moins primordial. Afin de tenir compte de la visée répressive de ses enquêtes administratives, une réforme structurelle a été entreprise en 2013 assurant une plus grande efficacité de l’Office tout en essayant d’améliorer le respect des droits fondamentaux (II). Toutefois, il est possible d’y voir un « coup d’attente » avant l’établissement d’un procureur européen, qui répond à une logique d’intégration et qui entraînera nécessairement une redéfinition du rôle de l’OLAF.

Section I. Les limites du fonctionnement réticulaire de l'OLAF

750. La création de l'OLAF n'a pas entraîné l'établissement d'une nouvelle autorité supranationale et son action ne peut pas se comprendre dans une perspective verticale ou pyramidale. En effet, dès lors qu'une infraction pénale est détectée, le succès de ses enquêtes administratives dépend, en amont et en aval, d'une multitude d'autres acteurs nationaux et internationaux. Ainsi, l'Office répond davantage à une organisation en réseau dépendante d'une coopération efficace¹⁸⁷⁴.

Ce fonctionnement a entraîné la mise en place d'un cadre juridique extrêmement complexe où les instruments fondant les enquêtes administratives à visée répressive se superposent (I). En outre, même si cet acteur bénéficie souvent d'une position privilégiée pour détecter et enquêter sur des faits de corruption, le rôle de l'Office dans la lutte contre la corruption se trouve intrinsèquement limité par la nature et le fonctionnement de ses enquêtes (II).

I. La superposition des instruments fondant les enquêtes administratives

751. Complexité du cadre juridique. La décision 1999/352 de la Commission européenne crée l'OLAF, mais ne définit pas précisément l'ensemble de ses pouvoirs d'enquête. En outre, la complexité du cadre juridique est renforcée par le fait que l'OLAF ne dispose pas des mêmes pouvoirs dans le cadre des enquêtes administratives externes (A) et internes (B), le règlement 883/2013 n'ayant pas apporté la rationalisation attendue.

¹⁸⁷⁴ V. COVOLO, « The Legal Framework of OLAF Investigations - What lessons for the European penal area ? », *New Journal of European Criminal law*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 202-205.

OFFICE EUROPÉEN DE LUTTE ANTIFRAUDE



CRÉATION	MODALITÉS D'ENQUÊTES	TYPES D'ENQUÊTE
<p>Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude</p>	<p>Règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 entré en vigueur le 1er octobre 2013 et remplaçant le règlement (CE) n° 1073/1999 et le règlement (Euratom) n° 1074/1999</p>	<p>ENQUÊTES EXTERNES</p> <ul style="list-style-type: none"> Règlement 2988/95 Règlement 2185/96 Règlementations sectorielles et notifications d'irrégularités Accords avec des pays tiers sur une assistance administrative mutuelle en matière douanière Accords d'association Accords d'assistance administrative mutuelle <p>ENQUÊTES INTERNES</p> <ul style="list-style-type: none"> Accords interinstitutionnels entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes 25 mai 1999 Décisions des institutions, organes et organismes Accords de coopération administrative

© Hadrien Zanin, 2016

A. Les enquêtes administratives externes : la protection des intérêts financiers

752. Délégation de compétences. La capacité de l'Office européen de lutte antifraude à conduire des opérations dites « externes » ne résulte pas d'une mission qui lui a été directement confiée par les États membres. En 1995, ces derniers ont initialement chargé la Commission européenne d'effectuer des contrôles administratifs et de prendre des mesures et des sanctions administratives afin de garantir une homogénéité dans la protection des intérêts financiers sur tout le territoire de l'UE¹⁸⁷⁵. Quatre ans plus tard,

¹⁸⁷⁵ Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés, *JOUE* L 312 du 23 décembre 1995, pp. 1-4.

usant de son pouvoir d'organisation interne¹⁸⁷⁶, la Commission européenne décide d'instituer l'OLAF (initialement appelé « OLA ») afin de déléguer la fonction d'enquête à un service présentant des garanties d'indépendance¹⁸⁷⁷. Prenant acte de cette initiative, les États membres décident alors d'adopter deux règlements, l'un CECA¹⁸⁷⁸ et l'autre Euratom¹⁸⁷⁹, qui fixent les conditions et les modalités des enquêtes administratives du nouvel organe. Afin de tirer les conséquences de l'expérience acquise par l'Office, les deux règlements susmentionnés ont récemment été abrogés et remplacés par le règlement 883/2013¹⁸⁸⁰.

753. Objet des enquêtes. L'objet des enquêtes administratives externes, qui n'a pas évolué depuis 1995, porte sur les irrégularités au regard du droit communautaire :

*« Est constitutive d'une irrégularité toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou à des budgets gérés par celles-ci, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue »*¹⁸⁸¹.

754. Compétence *ratione personae*. La compétence *ratione*¹⁸⁸² *personae* est ici clairement énoncée. En effet, les enquêtes administratives externes concernent tout

¹⁸⁷⁶ TCE (Maastricht), art. 262 §2 ; TCE (Amsterdam), art. 218 §2 ; TFUE (Lisbonne), art. 249 §1.

¹⁸⁷⁷ Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 20-22, spéc. art. 1. La décision 1999/352 a été légèrement modifiée en 2013 puis en 2015. V., Décision (UE) n° 2013/478 de la Commission du 27 septembre 2013 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 257 du 28 sept. 2013, pp. 19-20 ; Décision (UE) n° 2015/512 de la Commission du 25 mars 2015 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de Lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 81 du 26 mars 2015, p. 4.

¹⁸⁷⁸ Règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 1-7.

¹⁸⁷⁹ Règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 8-14.

¹⁸⁸⁰ 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, *JOUE* L 248 du 18 sept. 2013, pp. 1-22.

¹⁸⁸¹ Nous soulignons. Règlement 2988/95, art. 1 §2.

¹⁸⁸² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, pp. 852-853, v. *ratione* : « Ablatif du mot latin *ratio* signifiant "en raison de..." ; "en considération de..." ; surtout employé dans les expressions *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione personae*, pour désigner les considérations de matière (divorce) de lieu

« opérateur économique », notion large qui inclut tous ceux qui ont participé à la commission de l'irrégularité : « *les personnes physiques ou morales, ainsi que les autres entités auxquelles le droit national reconnaît la capacité juridique, qui ont commis l'irrégularité. Elles peuvent également s'appliquer aux personnes qui ont participé à la réalisation de l'irrégularité, ainsi qu'à celles qui sont tenues de répondre de l'irrégularité ou d'éviter qu'elle soit commise »¹⁸⁸³.*

755. Compétence *ratione materiae*. *Prima facie*, la compétence *ratione materiae* est également définie de manière satisfaisante. La caractérisation d'une irrégularité suppose d'établir uniquement la violation formelle d'une disposition du droit communautaire qui porte ou pourrait porter atteinte au budget général des Communautés ou à ceux gérés par celles-ci. En revanche, elle n'exige pas la preuve de l'intention de l'opérateur économique. Aussi, trois catégories d'irrégularités peuvent être distinguées et font l'objet d'une sanction administrative différente : les irrégularités intentionnelles, celles causées par négligence et celles qui font partie de la catégorie résiduelle¹⁸⁸⁴.

756. Toutefois, la superposition des instruments fondant les compétences de l'OLAF a contribué à multiplier les répétitions inexactes et les renvois imprécis et peut créer certaines incertitudes sur les contours de la mission attribuée à l'Office. Le règlement 883/2013 a tenté, sans y parvenir entièrement, de clarifier les notions employées en créant un article regroupant l'ensemble des définitions pertinentes. Avant d'aborder les compétences *ratione loci*, l'articulation entre les notions de fraude, corruption et « autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union » (ci-après, « activité PIF ») et celle d'irrégularité doit être examinée.

757. Ambiguïté notionnelle. Si l'objet des enquêtes externes porte sur les irrégularités telles que définies par le règlement 2988/95¹⁸⁸⁵, le règlement 883/2013 prévoit que « *le directeur général peut ouvrir une enquête lorsqu'il existe des soupçons suffisants [...] qui laissent supposer l'existence d'actes de fraude, de corruption ou d'autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* »¹⁸⁸⁶. Or, la fraude et la corruption étant deux comportements intentionnels, la portée de l'expression

(résidence du défendeur) ou de personne (qualité de commerçant), retenues par la loi comme critères déterminateurs de compétence (matérielle ou territoriale) d'une juridiction ou d'une autorité ».

¹⁸⁸³ Nous soulignons. Règlement 2988/95, art. 7.

¹⁸⁸⁴ Règlement 2988/95, art. 5.

¹⁸⁸⁵ V. *supra*, n° 753.

¹⁸⁸⁶ Nous soulignons. Règlement 883/2013, art. 5 §1.

« toute autre activité illégale PIF » est incertaine. De surcroît, la notion n'est pas clairement définie puisque le règlement précité se contente de renvoyer, sans les citer, vers « les actes pertinents de l'Union »¹⁸⁸⁷. L'ambiguïté n'est donc pas neutre : à supposer les notions distinctes, les enquêtes de l'OLAF ne pourraient être ouvertes qu'en présence d'une irrégularité intentionnelle, voire uniquement lorsque les soupçons portent sur des faits susceptibles de qualification pénale¹⁸⁸⁸.

758. Relation entre « irrégularité » et « activité illégale PIF ». Plusieurs éléments laissent penser que les notions d'« irrégularité » et d'« activité illégale PIF » doivent être distinguées.

Tout d'abord, la décision 1999/352 semble confier à l'OLAF deux missions distinctes en matière d'enquêtes externes : elle vise, d'une part, la fraude, la corruption et les autres activités illégales PIF et, d'autre part, « *la lutte antifraude concernant tout autre fait et activité d'opérateurs en violation de dispositions communautaires* »¹⁸⁸⁹. Cette seconde partie de la mission, qui emploie un vocabulaire proche de la définition des irrégularités, semble sous-entendre que les activités illégales PIF sont une sous-catégorie des irrégularités. De même, l'article 2 du règlement 883/2013 consacre la distinction puisqu'il définit, d'un côté, les irrégularités, en renvoyant au règlement 2988/95 et, de l'autre, l'expression de fraude, corruption et activités illégales PIF en renvoyant plus largement aux actes pertinents de l'Union. Il n'établit alors aucune relation entre les deux notions.

En réalité, les deux notions semblent être employées de manière interchangeable. La solution inverse conduirait d'ailleurs à un résultat contradictoire puisqu'une fois l'enquête administrative ouverte, celle-ci se définit comme tout contrôle, toute vérification ou action entrepris par l'Office, conformément aux articles 3 (enquêtes externes) et 4 (enquêtes internes) en vue d'atteindre les objectifs définis à l'article 1^{er} (renforcer la lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale PIF) et « *d'établir, le cas échéant, le caractère irrégulier des activités contrôlées* »¹⁸⁹⁰. La notion employée dépend

¹⁸⁸⁷ Règlement 883/2013, art. 2 §3.

¹⁸⁸⁸ Dans le même sens, l'article premier de la proposition de directive PIF dispose : « La présente directive établit les mesures nécessaires pour prévenir et combattre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union en définissant des infractions et des sanctions pénales ». V., Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 juill. 2012, COM(2012) 363 final, art. 1.

¹⁸⁸⁹ Décision 1999/352, art. 2 §1.

¹⁸⁹⁰ Règlement 883/2013, art. 2.

généralement du contexte : la notion d'« activités illégales PIF » fait référence aux objectifs ou à la mission générale de l'OLAF en écho à la formulation consacrée par le droit primaire à l'article 325 TFUE¹⁸⁹¹ ; les irrégularités sont utilisées plus concrètement dans le contexte des opérations de contrôle administratif.

Aussi, certains actes de l'Union emploient de manière indifférente les deux expressions comme la décision 2007/259/CE¹⁸⁹² ou encore l'article 8 du règlement 389/2006 qui prévoit que la Commission veille à ce que les intérêts financiers soient protégés contre « *la fraude, la corruption et toute autre irrégularité, conformément aux dispositions des règlements (CE, Euratom) n° 2988/05 [...] 2185/96 [...] et du règlement (CE) n° 1073/1999* », aujourd'hui remplacé par le règlement 883/2013.

759. Définition de la corruption. Il résulte de ce qui précède que les comportements de fraude et de corruption appartiennent, dans le cadre des enquêtes administratives, à la sous-catégorie des irrégularités intentionnelles. Toutefois, s'agissant d'infractions pénales, ces notions restent floues alors qu'elles sont susceptibles de renvoyer à des réalités plus ou moins larges. Cette lacune peut être relativisée puisqu'au stade préliminaire, l'éventualité d'une qualification pénale des faits ne permet pas de déterminer si une enquête doit ou non être ouverte¹⁸⁹³. La qualification s'impose progressivement au regard des éléments de preuve recueillis et devra tenir compte du droit positif des États membres pouvant affirmer leur compétence.

760. Toutefois, la définition des infractions concernées permettrait de légitimer les investigations de l'OLAF sur des faits qui doivent, en principe, faire l'objet de poursuites par les autorités nationales et d'orienter concrètement le travail des enquêteurs, qui devront établir la preuve de l'élément moral de l'infraction.

¹⁸⁹¹ TFUE, art. 325§1 : « L'Union et les États membres combattent la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les États membres, ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union ».

¹⁸⁹² Décision du Conseil du 16 avril 2007 portant attribution d'une aide macrofinancière de la Communauté à la Moldavie, Preamble, cons. 9, *JOUE* L 111 du 28 avr. 2007, pp. 69-71 : « il est indispensable que la Moldova prenne des mesures propres à prévenir et à lutter contre la fraude, la corruption et toutes autres irrégularités affectant cette aide ».

¹⁸⁹³ V. COVOLO, « The Legal Framework of OLAF Investigations - What lessons for the European penal area ? », *New Journal of European Criminal law*, vol. 2, n° 2, 2011, p. 206.

Or, une nouvelle fois, l'empilement des différents textes a créé certaines ambiguïtés. La définition de la fraude doit se retrouver au sein des « *actes pertinents de l'Union* »¹⁸⁹⁴, ce qui ne s'avère pas aisé, sachant que la fraude n'a pendant longtemps reçu aucune définition au niveau européen. La première définition commune de la fraude est donc celle adoptée, en 1995, à l'article premier de la convention PIF, instrument du troisième pilier à destination des États membres.

Plusieurs éléments permettent d'avancer qu'il s'agit bien de la définition unique, distincte de celle d'irrégularité¹⁸⁹⁵, qu'il convient de retenir au niveau communautaire. Tout d'abord, le préambule du règlement 2988/95 prévoit que « *les comportements précités comprennent les comportements de fraude, tels que définis dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* »¹⁸⁹⁶. La fraude est donc comprise dans la notion d'irrégularité : il s'agit d'une irrégularité volontaire, susceptible de faire l'objet d'une sanction administrative et, le cas échéant, d'être réprimée pénalement. Le rapport explicatif de la convention PIF¹⁸⁹⁷ et le préambule du règlement 2185/96¹⁸⁹⁸ tendent à confirmer cette interprétation. Certains règlements sectoriels proposent une définition alternative des « soupçons de fraude » nécessitant un signalement, mais toujours en tenant compte de la convention PIF, comme en matière de Politique agricole commune¹⁸⁹⁹. *A pari*, ce raisonnement doit être appliqué aux infractions de corruption active et passive définies par le premier protocole PIF de 1996.

¹⁸⁹⁴ Règlement 2988/99, art. 2.

¹⁸⁹⁵ À ce propos, v. P. BRANA, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la lutte contre la fraude dans l'Union européenne, Assemblée nationale, 22 juin 2000, n° 2507, pp. 13-15.

¹⁸⁹⁶ Règlement 2988/95, Préambule, cons. 6.

¹⁸⁹⁷ Rapport explicatif concernant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvé le 26 mai 1997, *JOCE* C 191 du 23 juin 1997, pp. 1-10, spéc. p. 4 : « L'article 1er introduit pour la première fois entre les États membres une définition de la fraude aux intérêts financiers des Communautés (ci-après dénommée « fraude ») qui leur sera commune. L'importance primordiale d'un tel résultat est renforcée par le fait que, en ce qui concerne les sanctions administratives communautaires, le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Commissions européennes renvoie dans ses considérants à la définition des comportements de fraude tels que définis à cet article ».

¹⁸⁹⁸ Règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour les protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, Préambule, cons. 4, *JOCE* L 292 du 15 nov. 1996, pp. 2-5 : « considérant que l'article 1er paragraphe 2 dudit règlement comporte une définition du terme "irrégularité" et qu'il est précisé au sixième considérant de ce règlement que les comportements constitutifs d'irrégularités comprennent les comportements de fraude, tels que définis dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ».

¹⁸⁹⁹ Règlement 1848/2006, art. 2, para. 4 : « un soupçon de fraude au sens de l'article 1er bis, point 4, du règlement (CE) n° 1681/94, à savoir une irrégularité qui a fait l'objet d'un premier acte de constat

761. Maintien des ambiguïtés. À la lumière des éléments évoqués ci-dessus, trois observations peuvent être formulées. Tout d'abord, en renvoyant de manière générale aux « *actes pertinents* » pour définir la corruption, le choix de la souplesse opéré par le règlement 883/2013 s'est réalisé au détriment de la lisibilité des missions attribuées à l'OLAF. Ensuite, les instruments postérieurs à 1996 continuent de ne mentionner que la fraude, telle que définie par la convention PIF, et il est possible de regretter que les infractions de corruption, telles que définies par le premier protocole, n'y soient pas systématiquement accolées. Enfin, l'utilisation des notions de fraude et d'irrégularité n'est pas toujours rigoureuse. Ainsi, il est parfois fait référence aux « *fraudes et autres irrégularités* »¹⁹⁰⁰, ce qui sous-entend que la fraude est une irrégularité, alors que d'autres dispositions semblent distinguer entièrement les deux en visant la « *suspicion de fraude ou d'irrégularité* »¹⁹⁰¹.

L'intérêt d'une définition et d'une articulation claire des notions employées, certaines ayant une connotation pénale (fraude, corruption) et d'autres administratives (irrégularité), et d'un emploi rigoureux de celles-ci transparaît lors de l'étude des compétences hybrides de l'OLAF (enquêtes administratives à finalité répressive). Le Parlement européen avait pourtant proposé, dans sa position de 1^{ère} lecture relative à la première proposition déposée par la Commission en 2006¹⁹⁰², d'insérer la disposition suivante : « *La fraude, la corruption et toute autre activité illégale au détriment des intérêts financiers communautaires, y incluse l'irrégularité, sont définies dans la réglementation communautaire et les dispositions conventionnelles en vigueur dans ce domaine* »¹⁹⁰³. Cette formulation permet non seulement d'appréhender l'articulation entre les activités illégales PIF et les irrégularités, mais fait également référence implicitement aux « *dispositions conventionnelles* », c'est-à-dire à la convention PIF et à ses protocoles. La concentration des définitions à l'article 2 du règlement 883/2013 a finalement entraîné,

administratif ou judiciaire donnant lieu au lancement d'une procédure au niveau national afin de déterminer l'existence d'un comportement intentionnel, en particulier d'une fraude telle que visée à l'article 1er, paragraphe 1, point a), de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes adoptée sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne ».

¹⁹⁰⁰ Règlement 883/2013, Préambule, cons. 9.

¹⁹⁰¹ Règlement 883/2013, art. 5, para. 4.

¹⁹⁰² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), 24 mai 2006, COM(2006) 244 final.

¹⁹⁰³ Résolution législative du Parlement européen du 20 novembre 2008 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), T6-0553/2008.

de manière regrettable, la suppression de cette disposition. Il est aujourd'hui possible de retenir, plus simplement, que l'OLAF dispose d'une compétence pour contrôler toutes les irrégularités, au sens du règlement 2988/95, qui « *représentent le terrain sur lequel fleuri[ssent] la fraude* »¹⁹⁰⁴ et la corruption.

762. Fondement des enquêtes sur le territoire des États membres. La capacité de l'OLAF à enquêter sur les comportements susmentionnés commis sur le territoire d'États membres reste dépendante des compétences confiées par un ensemble complexe d'instruments.

L'article 10 du règlement 2988/95 prévoit que des dispositions générales supplémentaires relatives aux contrôles et aux vérifications sur place doivent être adoptées ultérieurement. Le règlement 2185/96 du 11 novembre 1996 est ainsi venu préciser les situations où la Commission peut effectuer des contrôles sur place : c'est notamment le cas « *en vue de la recherche d'irrégularités graves ou transnationales ou d'irrégularités dans lesquelles sont susceptibles d'être impliqués des opérateurs économiques agissant dans plusieurs États membres* ». Les critères retenus (gravité et infraction transnationale) ne sont pas surprenants et sont identiques à ceux prévus par l'article 83§1 TFUE dans le cadre de l'harmonisation pénale autonome : le respect du principe de subsidiarité suppose, lorsqu'il y a une compétence partagée, de légitimer toute action de l'Union européenne.

Le cadre juridique des enquêtes administratives au sein des États membres est complété par plusieurs réglementations sectorielles¹⁹⁰⁵ qui précisent, selon la politique de l'Union concernée, les conditions et les modalités des enquêtes sur place : « *en outre, [la Commission] peut effectuer des contrôles et des vérifications sur place dans les conditions prévues par les réglementations sectorielles. Avant d'effectuer ces contrôles et ces vérifications, en conformité avec la réglementation en vigueur, la Commission en informe l'État membre concerné de manière à obtenir toute l'aide nécessaire* »¹⁹⁰⁶. Enfin, plusieurs instruments posent des obligations sur les États membres afin d'assurer la

¹⁹⁰⁴ A. MIDDELHOEK et alii, *Second rapport sur la réforme de la Commission - Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, sous « 5. La lutte contre la fraude et la corruption », Comité d'experts indépendants, 10 sept. 1999, para. 5.1.5.

¹⁹⁰⁵ Pour une liste actualisée des réglementations sectorielles, v. URL : http://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework_fr

¹⁹⁰⁶ Règlement 2988/95, art. 9§2.

détection (notification d'irrégularités), la coopération et le recouvrement de fonds détournés.

763. L'OLAF est également susceptible d'appréhender des faits de fraude et de corruption qui, bien que commis sur le territoire d'États tiers, portent ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Afin de permettre à l'OLAF de conduire ces enquêtes, l'Union européenne a, d'une part, conclu des accords contraignants et généralisé l'insertion de clauses *ad hoc* dans tous les contrats de subvention et, d'autre part, conclu des accords de coopération administrative destinés à faciliter la mise en œuvre des contrôles. La distinction n'étant pas clairement effectuée au sein du règlement 883/2013 et les contrats signés ayant des libellés proches, il convient de resituer l'action de l'OLAF au sein de cette myriade d'accords présentant des objectifs et une portée variables.

764. L'article premier du règlement 888/2013 confie à l'OLAF, à côté des compétences d'enquêtes externes évoquées ci-dessus et conférées par les actes de l'Union, vise celles attribuées en vertu des « *accords de coopération et d'assistance mutuelle pertinents conclus par l'Union avec des pays tiers et des organisations internationales* ».

En premier lieu, cette disposition renvoie implicitement aux soixante-dix accords d'assistance administrative mutuelle en matière douanière (parfois appelés plus largement « accords de coopération » ou « accords de partenariat », car ils peuvent contenir des stipulations sur la coopération judiciaire), conclus entre, d'un côté, l'UE et ses États membres et, de l'autre, certains pays tiers¹⁹⁰⁷. Ces accords sont des engagements internationaux classiques négociés par la Commission au nom de l'Union européenne après autorisation du Conseil¹⁹⁰⁸.

À titre d'exemple, l'accord conclu avec la Suisse¹⁹⁰⁹ a un champ d'application large et couvre la prévention, la détection, l'investigation, la poursuite et la répression administrative et pénale de la fraude et de toute autre activité illégale PIF concernant de nombreux domaines, dont l'ensemble des procédures de passation de contrats attribués

¹⁹⁰⁷ La liste des accords est disponible est publiée sur le site Internet de l'OLAF : https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework/customs_matters_fr

¹⁹⁰⁸ TCE (Amsterdam), art. 280 et 300 ; TFUE (Lisbonne), art. 325 et 218.

¹⁹⁰⁹ Décision 2009/127/CE du Conseil du 18 décembre 2008 relative à la conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers Accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, *JOUE* L 46 du 17 févr. 2009, pp. 6-35.

par les parties contractantes. Parmi les activités illégales PIF, la corruption, bien que non définie, a été expressément incluse par un procès-verbal annexé à l'accord. Plusieurs similarités peuvent être relevées entre ces accords et les enquêtes effectuées sur le territoire des États membres. De manière identique aux prescriptions de l'article 5§2 du règlement 2185/96, l'article 17 de l'accord susmentionné pose un devoir de collaboration sur les opérateurs économiques qui sont tenus de donner accès à leurs locaux, leurs moyens de transport et à leur documentation et de fournir toutes les informations pertinentes. Par ailleurs, l'accent est mis sur les irrégularités graves, l'accord avec la Suisse ayant la vertu de préciser les seuils financiers qui permettent de qualifier une affaire de « *cas d'importance mineure* » et de refuser la demande de coopération. Néanmoins, la logique sous-jacente est inverse puisque dans le cadre des enquêtes de l'OLAF conduites sur le fondement du règlement 2185/96, les contrôles et vérifications sur place sont effectués sous l'autorité et la responsabilité de la Commission et préparés et conduits en collaboration étroite avec les autorités compétentes de l'État membre concerné. Au contraire, dans le cadre de l'accord avec la Suisse précité, la partie requérante doit solliciter une enquête (art. 15) et peut, sous réserve d'accord, être autorisée à envoyer ses propres agents sur place (art.16). Des équipes communes d'enquête spéciale peuvent également être créées (art. 22§1), mais cela ne confère aucun pouvoir d'intervenir, aux autorités qui les composent, sur le territoire de la partie contractante où les enquêtes sont effectuées (art. 22§3).

Outre les accords bilatéraux, certains accords multilatéraux peuvent prévoir une compétence d'enquête de la Commission, par exemple, lorsque des biens importés dans l'Union européenne sont exonérés de taxe d'importation. Ainsi, les articles 31 et suivants du protocole n° 1 de l'annexe V de l'accord de Cotonou¹⁹¹⁰ détaillent les méthodes de coopération administrative entre les États ACP et la Commission pour la délivrance des certificats de circulation EUR.1. Dès lors qu'il existe une suspicion d'irrégularité, les États ACP peuvent valablement profiter de l'expertise de l'OLAF pour effectuer des contrôles *a posteriori*, les conclusions de l'OLAF liant les autorités de l'État

¹⁹¹⁰ Accord de Partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JOCE L 317 du 15 déc. 2000, pp. 3-286 ; L'accord de Cotonou a été révisé le 25 juin 2005 et le 22 juin 2010. Dans sa dernière version, le protocole relatif à la définition de la notion de « produits originaires » et aux méthodes de coopération administrative a été supprimé.

d'importation à condition que ce dernier ait reçu un document reconnaissant sans équivoque « *que cet État ACP fait siens lesdits résultats* »¹⁹¹¹.

765. Ces accords douaniers ont pour objectif principal une lutte contre le phénomène de fraude, mais des faits de corruption, destinés à faciliter cette fraude, pourraient être découverts à l'occasion des contrôles effectués. Toutefois, le rôle de l'OLAF se limite à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne et ses enquêtes ne sont pas destinées à assurer la mise en œuvre de certaines « clauses anticorruption » parfois insérées dans ces mêmes accords. Ainsi, l'article 97 des accords de Cotonou prévoit une procédure de consultation et des mesures appropriées en cas de corruption grave. Cette clause matérialise l'application du principe de conditionnalité politique¹⁹¹² voire démocratique¹⁹¹³ : l'objectif n'est pas de protéger les intérêts financiers de l'UE, mais de promouvoir la bonne gouvernance et le respect de l'État de droit, condition de la mise en œuvre de l'accord de partenariat avec les États ACP. Seule la corruption est ici visée et non l'ensemble des irrégularités qui pourraient être détectées dans la gestion des fonds de l'Union. Le principe de conditionnalité a ainsi été utilisé pour les mêmes raisons dans le cadre de l'élargissement de l'UE¹⁹¹⁴. Cette clause doit être rattachée plus largement aux politiques de coopération et de développement¹⁹¹⁵, la Commission européenne préconisant, dans sa communication de 2011, une application plus fréquente du principe de conditionnalité en matière de développement¹⁹¹⁶. Elle renvoie à cet égard aux normes anticorruption insérées non dans ses propres instruments, mais dans la convention des Nations Unies contre la corruption et dans « *d'autres conventions internationales et régionales auxquelles ces pays sont parties* »¹⁹¹⁷. Afin de mettre en œuvre les sanctions

¹⁹¹¹ CJUE, 15 déc. 2011, *Afasia Knits Deutschland*, aff. C-409/10 (ECLI:EU:C:2011:843). V. égal., M. LARCHE, « Accord de Cotonou instaurant un partenariat avec les États ACP », *Europe*, n° 2, fév. 2012, comm. 104.

¹⁹¹² V. F. GOUTTEFARDE, E. AHIPEAUD, « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in D. DORMOY, *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, 2010, pp. 75-119, spéc. p. 102.

¹⁹¹³ G. GODIVEAU, « La conditionnalité démocratique dans le partenariat ACP-CE », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, pp. 87 et s.

¹⁹¹⁴ À ce propos, v. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight against corruption – The evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, coll. Cambridge studies in European law and policy, éd. Cambridge University Press, 2010, pp. 135-156, spéc. pp. 143-152.

¹⁹¹⁵ V. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *La politique de développement de la Communauté européenne*, COM(2000) 212 final, spéc. p. 29.

¹⁹¹⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final, para. 5.2.

¹⁹¹⁷ *Idem*.

susmentionnées prévues par l'article 97, et notamment la suspension de l'aide, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle ou de vérification : seul un dialogue, dans le cadre d'une procédure de consultation, peut être amorcé si certains éléments sont portés à la connaissance d'une partie¹⁹¹⁸. Toutefois, la clause est également limitée aux situations où la Communauté est un « *partenaire important en termes d'appui financier aux politiques et programmes économiques et sectoriels* ». Il n'apparaît donc pas impossible qu'une enquête de l'OLAF ouverte sur un autre fondement conduise à la procédure de consultation susmentionnée.

766. En second lieu, la Commission conditionne systématiquement, comme une clause type et non négociable¹⁹¹⁹, le versement de subventions à la possibilité d'effectuer des contrôles et des vérifications.

Ces clauses peuvent être préalablement insérées dans des contrats cadres puisque les fonds de l'UE sont fréquemment gérés et attribués par des tiers. À titre d'exemple, l'article 459 de l'accord d'association avec l'Ukraine stipule que l'aide financière accordée par l'UE est mise en œuvre conformément aux principes de bonne gestion financière et qu'une coopération en vue de protéger les intérêts financiers respectifs doit être mise en place conformément aux dispositions annexées. Ces dernières reprennent non seulement de nombreuses dispositions insérées dans les règlements 2988/95 et 2185/96, mais fixent un cadre beaucoup plus clair que celui résultant des actes de l'Union : les définitions de la corruption active et passive du premier protocole PIF sont explicitement réitérées.

En dehors de la politique d'élargissement de l'Union, l'aide européenne est fréquemment gérée par d'autres organisations internationales. À titre d'exemple, les agences humanitaires des Nations Unies ont accepté que tous les contrats relatifs aux opérations gérées par les Nations unies, mais financées ou cofinancées par l'Union européenne, prévoient une clause de vérification portant sur la compétence de la Commission et de la Cour des comptes européenne pour effectuer des contrôles, y compris sur place¹⁹²⁰. La clause de vérification conclue avec les Nations Unies semble servir de

¹⁹¹⁸ À propos de la portée particulièrement faible des prévisions, v. F. GOUTTEFARDE, E. AHIPEAUD, *op. cit.*, spéc. pp. 110-112.

¹⁹¹⁹ Entretien à l'OLAF.

¹⁹²⁰ V. Financial and Administrative Framework Agreement between the European Union represented by the European Commission and the United Nations, Annexe, URL : http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/procedures-fafa-un-consolidated_en_0.pdf

modèle et s'appliquer aujourd'hui *mutatis mutandis* à toutes les opérations d'aide humanitaire administrées par des organisations internationales et financées par l'UE¹⁹²¹.

767. L'insertion systématique de clauses accordant un droit d'accès et de vérification à la Commission permet à l'OLAF de conduire des enquêtes externes dès que les intérêts financiers de l'Union sont menacés. Une enquête a, par exemple, été ouverte sur des faits de corruption transnationale relatifs à l'attribution de subventions européennes aux entreprises des États ACP par le Centre pour le développement de l'entreprise (CDE), organisation internationale créée par les accords de Cotonou¹⁹²². Toutefois, ces accords ne permettent pas à eux seuls d'améliorer la capacité de détection des irrégularités ou de conduire efficacement des enquêtes. Aussi, l'OLAF a parallèlement signé des « accords de coopération administrative » avec des États tiers et des organisations internationales¹⁹²³. Ces accords peuvent être conclus directement par l'OLAF qui « coordonne son action, le cas échéant, avec les services compétents de la Commission et avec le service européen pour l'action extérieure »¹⁹²⁴. En pratique, l'OLAF doit obligatoirement obtenir l'aval du service européen pour l'action extérieure avant de se rapprocher de toute autorité étrangère¹⁹²⁵. Néanmoins, ces accords ne créent, en principe, aucun droit et aucune obligation entre les parties : perçus comme des *gentlemen agreement*¹⁹²⁶, ils sont uniquement destinés à faciliter les échanges entre les autorités nationales étrangères et l'OLAF¹⁹²⁷.

¹⁹²¹ V. Clause de vérification applicable aux actions d'aide humanitaire administrée par des organisations internationales et financées ou cofinancées par l'Union européenne, URL : http://ec.europa.eu/echo/files/partners/humanitarian_aid/fpa/2010/annex_V_verification_clause_fr.pdf

¹⁹²² V. M.-E. BOURSIER, « Entraide pénale internationale, lutte contre les infractions d'affaires internationales et nouveaux leviers d'efficacité », *AJ Pénal*, 2016, pp. 137 et s. ; v. égal., Cass. crim., 9 décembre 2015, n° 15-82.300.

¹⁹²³ La liste des accords est disponible sur le site officiel de la Commission, v. URL : https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/list_signed_acas_en.pdf

¹⁹²⁴ Règlement 883/2013, art. 14.

¹⁹²⁵ Interview conduite à l'OLAF.

¹⁹²⁶ *Idem*.

¹⁹²⁷ Règlement 883/2013, art. 2, para. 7 ; Modèle d'accord, para. 1.2 : exclut explicitement la création d'obligations régies par le droit international ou de l'UE.

B. Les enquêtes internes : la protection des intérêts de l'Union

768. La seconde mission d'investigation confiée par la décision 1999/352 à l'OLAF concerne l'exécution d'enquêtes administratives internes. Deux hypothèses distinctes sont envisagées :

« L'Office est chargé d'effectuer des enquêtes administratives internes destinées :

a) à lutter contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés;

b) à rechercher les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés susceptibles de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales ou un manquement aux obligations analogues des membres des institutions et organes, des dirigeants des organismes ou des membres du personnel des institutions, organes et organismes non soumis au statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou au régime applicable aux autres agents de ces Communautés ».

769. Le premier objectif est identique à celui déjà rencontré dans le cadre des enquêtes administratives externes¹⁹²⁸ et renvoie implicitement (même si les irrégularités justifiant une enquête interne concernent ici tant les opérateurs économiques que les fonctionnaires) à la définition des irrégularités du règlement 2988/95¹⁹²⁹, notion synonyme des « activités illégales PIF ». La fraude et la corruption doivent se définir conformément à la convention PIF et à son premier protocole, même si, en amont, la qualification initiale des faits n'est pas un critère déterminant dans la décision d'ouverture d'une enquête administrative, puisqu'elle est possible dès lors qu'il existe des soupçons suffisants d'irrégularité, et en aval, de la définition exacte retenue par le droit positif de l'État membre concerné.

770. Le second objectif est propre aux enquêtes administratives internes, mais la superposition des différents textes fondant la compétence de l'OLAF crée une contradiction qu'il convient d'examiner.

Le paragraphe 4 de l'article premier du règlement 883/2013 réitère la mission de l'OLAF évoquée ci-dessus, mais emploie une articulation légèrement différente : « Au

¹⁹²⁸ V. *supra*, n^{os} 752. et s.

¹⁹²⁹ La notion ne s'applique en principe qu'aux enquêtes administratives externes, mais la définition des irrégularités semble ici adéquate.

sein des institutions [...], l'Office effectue les enquêtes administratives destinées à lutter contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. À cet effet, il enquête sur les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles [...]»¹⁹³⁰. Le règlement 883/2013 semble introduire une relation causale qui transforme les deux hypothèses en une seule¹⁹³¹ : la lutte contre les activités illégales PIF serait la seule finalité de toutes les enquêtes et l'enquête interne sur des faits graves commis par le personnel de l'UE serait l'objet des investigations. *Prima facie*, l'enquête interne est donc limitée *ratione personae* (le personnel UE) et *ratione materiae* (la PIF). L'article 5 du règlement précité semble alors cohérent puisque le directeur général de l'OLAF ne peut ouvrir une enquête qu'en cas de soupçons suffisants sur l'existence d'activités illégales PIF, dont la fraude et la corruption.

Or, lorsque la personne mise en cause est un membre du personnel de l'UE, la mission attribuée à l'OLAF semble plus large que les activités illégales PIF. Elle permet d'enquêter sur tous les faits de corruption passive commis par le personnel susmentionné. En effet, une activité illégale PIF commise par un membre du personnel de l'UE devrait pouvoir être systématiquement caractérisée de fait grave, lié à l'exercice des activités professionnelles, constituant un manquement aux obligations dudit membre. Par exemple, les fonctionnaires sont tenus par des devoirs de loyauté et d'indépendance qui, tels que définis dans les statuts des fonctionnaires, seront systématiquement violés dans les hypothèses d'atteinte à la probité¹⁹³². À l'inverse, certains manquements ne portent pas directement atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, y compris en cas de corruption passive d'un membre du personnel de l'UE : c'est le cas des avantages indus destinés à manipuler les procédures de recrutement ou en vue d'obtenir le dépôt d'un amendement parlementaire¹⁹³³. Plus largement, d'autres comportements n'ont pas pour objet ou pour effet (direct) une atteinte aux intérêts financiers de l'UE : les conflits d'intérêts, la violation du devoir de réserve ou de confidentialité ainsi que l'acceptation de directives d'un gouvernement ou d'une source extérieure.

¹⁹³⁰ Nous soulignons.

¹⁹³¹ Cette relation causale existait déjà dans les règlements abrogés 1073/1999 et 1074/1999. V. Règlement (CE) no 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 1-7 ; Règlement (Euratom) no 1074/1999 du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 8-14.

¹⁹³² Statut des fonctionnaires, art. 11 et s.

¹⁹³³ V. *infra*, n° 784.

De manière marginale, lorsque la personne mise en cause n'est pas un membre du personnel de l'UE, l'OLAF devrait tout de même pouvoir mener des investigations au sein des institutions de l'UE : une irrégularité commise par un opérateur économique pourrait, en théorie, nécessiter l'obtention d'informations détenues par une institution qui devra donc coopérer.

771. Aussi, plusieurs éléments permettent de penser que l'articulation du règlement 883/2013 n'est pas satisfaisante, la contradiction avec la décision 1999/352 résultant d'une superposition presque parfaite entre les compétences *ratione loci* et *ratione personae* au stade de l'ouverture des enquêtes.

En effet, la nature de l'enquête doit être, en principe, déterminée dès son ouverture en fonction du lieu où les investigations seront conduites¹⁹³⁴. Or, si ce critère est le seul considéré, certains soupçons pesant sur un fonctionnaire européen devraient entraîner l'ouverture d'une enquête externe. À titre d'exemple, une enquête sur un fonctionnaire européen détaché pour financer un marché ou faisant partie d'une délégation de l'Union européenne peut nécessiter, en premier lieu, la conduite d'une enquête sur le territoire d'un pays tiers. D'une manière générale, l'OLAF peut également estimer que les preuves recherchées ne sont pas détenues par les organes de l'UE. Le cadre procédural pertinent est encore plus flou si des considérations tenant à la compétence *ratione materiae* sont ajoutées : les contrôleurs de l'Office seraient tenus de limiter leur enquête aux soupçons d'activités illégales PIF. Tous les autres manquements aux obligations des fonctionnaires excéderaient leur compétence, si le contrôleur agit dans le cadre d'une enquête externe.

Aussi, dès que des soupçons pèsent sur un membre du personnel de l'UE, une enquête interne devrait systématiquement être ouverte. Premièrement, dans l'écrasante majorité des situations, dès qu'un membre du personnel de l'UE est impliqué, des investigations initiales ou complémentaires devront être conduites au sein des organes de l'UE. Deuxièmement, en ouvrant une enquête interne, les contrôleurs pourront poursuivre tout le personnel de l'UE, détaché ou non, pour tout manquement à leurs obligations et non uniquement pour les activités illégales PIF.

La nature de l'enquête *ab initio* est donc indirectement influencée par l'identité des personnes soupçonnées et l'objet des enquêtes ouvertes. Si des soupçons d'irrégularité pèsent sur un opérateur économique, une enquête externe doit être ouverte. En revanche,

¹⁹³⁴ Règlement 883/2013, art. 3, para. 1, art. 4, para. 1 et art. 5, para. 2.

si des soupçons d'irrégularité ou d'un manquement aux obligations professionnelles pèsent sur un membre du personnel de l'UE, une enquête interne sera ouverte.

772. En revanche, au stade de l'exécution de l'enquête, le lieu où doit être menée l'investigation est le seul critère pertinent. La qualification initiale de l'enquête administrative ne préjuge pas de la possibilité de se placer, de manière casuistique, dans un autre cadre procédural : lorsqu'une enquête combine des éléments externes et internes, les articles 3 et 4 s'appliquent respectivement¹⁹³⁵. Les contrôleurs de l'OLAF pourront ainsi ouvrir une enquête interne sur les manquements du personnel de l'UE, puis conduire des investigations sur le territoire des États membres, même si l'objectif n'est pas la protection des intérêts financiers de l'UE : « *Conformément aux dispositions et procédures fixées par le règlement (Euratom, CE) n° 2185/96, l'Office peut effectuer des contrôles et vérifications sur place dans les locaux d'opérateurs économiques afin d'avoir accès aux informations pertinentes en liaison avec les faits faisant l'objet d'une enquête interne* »¹⁹³⁶. Si la personne visée n'est pas un opérateur économique, l'OLAF devrait toujours conserver la possibilité de transmettre le dossier aux autorités de poursuite pour l'ouverture d'une procédure nationale.

773. La distinction entre l'enquête administrative interne et externe s'avère pertinente puisque l'intérêt protégé n'est pas identique : les enquêtes externes visent uniquement à protéger les intérêts financiers de l'Union, alors que les enquêtes internes protègent les intérêts de l'Union au sens large : « *La responsabilité de l'Office, tel qu'institué par la Commission, 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* »¹⁹³⁷. Par conséquent, les enquêtes de l'OLAF jouent un rôle déterminant dans la légitimité des institutions de l'UE et dans la confiance accordée par les citoyens européens au fonctionnement supranational¹⁹³⁸.

774. À côté des règles fixées par le règlement 883/2013, les enquêtes administratives internes sont menées conformément aux conditions prévues par les décisions que chaque

¹⁹³⁵ Règlement 883/2013, art. 7, para. 4.

¹⁹³⁶ Règlement 883/2013, art. 4, para. 3.

¹⁹³⁷ Règlement 883/2013, Préambule, cons. 6.

¹⁹³⁸ À ce propos, v. A. MET-DOMESTICI, « The Reform of the EU's Anti-Corruption Mechanism », *eucri*, n° 1, 2012, pp. 25-30.

institution, organe ou organisme de l'UE adopte¹⁹³⁹. À cette fin, un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission établit une décision-modèle¹⁹⁴⁰ à l'intention de tous les organes de l'UE pour permettre de concilier l'autonomie administrative de ces derniers avec les pouvoirs d'enquêtes internes de l'OLAF¹⁹⁴¹ et fixer les modalités de collaboration du personnel de l'UE dans l'attente de la modification de leur statut¹⁹⁴². Le même jour, le Conseil adopte une décision *ad hoc*¹⁹⁴³ suivie par la Commission peu de temps après¹⁹⁴⁴. Toutefois, certaines institutions qui disposaient déjà de leur propre mécanisme de contrôle ont opposé une certaine résistance¹⁹⁴⁵ avant d'adopter leur propre décision, à l'image de la Banque centrale européenne¹⁹⁴⁶. En outre, le statut des fonctionnaires a finalement été amendé en 2004¹⁹⁴⁷ afin de tenir compte, pour l'application du régime disciplinaire, des enquêtes administratives de l'OLAF¹⁹⁴⁸.

Compte tenu de la gravité du manquement reproché, l'OLAF devrait toujours être en charge des enquêtes administratives internes portant sur des allégations de corruption. Toutefois, si les enquêtes internes de l'OLAF sont prioritaires, les autres mécanismes de

¹⁹³⁹ Règlement 883/2013, art. 4, para. 1, al. 2.

¹⁹⁴⁰ 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'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 15-19.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, Préambule, cons. 4.

¹⁹⁴² *Ibid.*, Préambule, cons. 7.

¹⁹⁴³ Décision du Conseil du 25 mai 1999 relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés, *JOCE* L 149/36 du 16 juin 1999, pp. 36-38.

¹⁹⁴⁴ Décision de la Commission du 2 juin 1999 relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés, *JOCE* L 149 du 16 juin 1999, pp. 57-59.

¹⁹⁴⁵ CJCE, 10 juill. 2003, *Commission c. BCE*, aff. C-11/00 (ECLI:EU:C:2003:395), Rec. 2003 I, p. 7147 ; V. égal. V. PUJAS, « Les difficultés de l'OLAF pour s'imposer en tant qu'acteur légitime de la protection des intérêts économiques et financiers européens », *Cultures & Conflits* [En ligne], n° 62, 2006, URL : <http://conflits.revues.org/2076>.

¹⁹⁴⁶ V. Décision de la Banque centrale européen du 3 juin 2004 relative aux conditions et modalités des enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude au sein de la Banque centrale européenne en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale préjudiciable aux intérêts financiers des Communautés européennes et portant modification des conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne, *JOUE* L 230 du 30 juin 2004, pp. 56-60 ; remplacée par Décision (UE) 2016/456 de la Banque centrale européenne du 4 mars 2016 relative aux conditions et modalités des enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude au sein de la Banque centrale européenne en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, *JOUE* L 79 du 30 mars 2016, pp. 34-40.

¹⁹⁴⁷ Règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du Conseil du 22 mars 2004, *JOUE* L 124 du 27 avr. 2004, pp. 1-118.

¹⁹⁴⁸ Statut des fonctionnaires, art. 86 et 90 bis ; v. égal., Statut des fonctionnaires, annexe IX.

contrôle pourront toujours être mis en œuvre de façon subsidiaire : « *Il convient, en cas d'enquête interne, de tenir spécifiquement compte de l'institution, l'organe ou l'organisme le mieux placé pour mener celle-ci, sur la base notamment de la nature des faits, de l'incidence financière réelle ou potentielle de l'affaire et de la probabilité de suites judiciaires* ». Ainsi, les institutions, organes ou organismes de l'UE n'ont pas l'autorisation d'ouvrir parallèlement une enquête sur les mêmes faits, sauf s'il en a été convenu avec l'OLAF ou si ce dernier décide expressément de ne pas ouvrir d'enquête¹⁹⁴⁹. À titre d'exemple, l'OLAF doit coopérer au sein de la Commission avec l'Office d'investigation et de discipline (ci-après, « OI DC ») qui peut mener des enquêtes administratives sur tous les manquements aux obligations issues du Statut du fonctionnaire, lorsque l'OLAF décide de ne pas intervenir¹⁹⁵⁰. L'articulation des compétences peut donc être incertaine¹⁹⁵¹, mais l'OI DC est souvent saisi, en pratique, lorsque les sommes en jeu ne sont pas suffisamment importantes pour mobiliser les contrôleurs de l'OLAF¹⁹⁵². L'enchevêtrement des différentes compétences, y compris celles d'Europol et d'Eurojust, justifie donc, comme dans les enquêtes externes, la conclusion d'arrangements administratifs¹⁹⁵³ pour assurer la coordination des institutions, organismes et organes de l'UE avec l'OLAF.

775. La superposition des critères au stade de l'ouverture des enquêtes permet bien d'expliquer une présentation souvent non nuancée des compétences de l'OLAF ainsi que, plus juridiquement, la contradiction entre la décision 1999/352 et le règlement 883/2013. Si les compétences de l'OLAF lui permettent de jouer un rôle plus ou moins grand en fonction de l'intérêt protégé, la lutte contre la corruption n'a pas constitué le cœur de son activité.

¹⁹⁴⁹ Règlement 883/2013, art. 5, para. 4 et 6.

¹⁹⁵⁰ L'OLAF mentionne explicitement sa coopération avec l'OI DC sur son site Internet : http://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/eu-staff/who-does-olaf-work_fr?2nd-language=fr

¹⁹⁵¹ GOUTTEFARDE, E. AHIPEAUD, « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in D. DORMOY, *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, 2010, pp. 75-119, spéc. pp. 98-100.

¹⁹⁵² Entretien à l'OLAF.

¹⁹⁵³ Règlement 883/2013, art. 1^{er}, para. 5. À titre d'exemple, dans l'affaire « GRAU », à la suite d'une enquête interne, l'OLAF a recommandé la mise en œuvre de suites judiciaires et administratives. Les autorités nationales ont classé l'affaire ; l'OI DC a conduit une enquête administrative complémentaire et a également classé l'affaire. À ce propos, v. TPI, 6 avr. 2006, *Grau c. Commission*, aff. T-309/03 (ECLI:EU:T:2006:110), Rec. 2006 II, p. 1173.

II. La portée restreinte des enquêtes administratives anticorruption

776. Dès l'origine, la nature hybride des enquêtes de l'OLAF se présente de manière paradoxale. D'un côté, l'OLAF peut effectuer des enquêtes sur des soupçons de corruption avec une compétence *ratione loci* étendue, c'est-à-dire non seulement sur le territoire des États membres, mais également dans des pays tiers où la gouvernance est faible. Une telle compétence place l'Office dans une position privilégiée pour détecter et recueillir des éléments de preuve dans une perspective répressive (A). D'un autre côté, l'enquête de l'OLAF reste purement administrative et sera limitée aux compétences qui seront accordées explicitement à la Commission en matière de protection des intérêts financiers. La compétence *ratione materiae* est donc particulièrement restreinte et l'OLAF n'est, en tout état de cause, pas destiné à jouer un rôle large en matière de corruption transnationale. L'action de l'OLAF est donc entièrement construite autour d'un double équilibre, précaire : une enquête administrative à finalité répressive ; une enquête européenne limitée par les souverainetés nationales¹⁹⁵⁴. Dès lors, afin de déterminer avec exactitude le rôle joué par l'Office dans la lutte contre la corruption, l'examen du cadre juridique des enquêtes administratives externes apparaît essentiel.

De plus, une fois son rapport établi, s'il estime qu'une infraction pénale a été commise, l'OLAF doit se contenter de transmettre le dossier aux autorités nationales. Or, les informations transmises aboutissent à des résultats inégaux (B).

A. Un rôle inégal dans les enquêtes anticorruption

777. Si l'OLAF se trouve fréquemment dans une position privilégiée pour conduire des investigations (1), son rôle ne doit pas être surévalué. En effet, l'efficacité de ses enquêtes est souvent dépendante de la coopération avec d'autres acteurs de la lutte contre la corruption (2).

¹⁹⁵⁴ À ce propos, v. D. FLORE, S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2ème éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 730.

1. Une position privilégiée

778. Les pouvoirs d'enquêtes administratives dévolus à l'OLAF lui permettent de recueillir, avec une certaine efficacité, des éléments de preuves sur toute allégation de corruption touchant aux intérêts financiers de l'UE ou, plus largement, commis au sein des institutions, organismes ou organes de l'Union. À cette fin, le directeur général de l'OLAF décide de l'ouverture¹⁹⁵⁵ et dirige l'exécution des enquêtes administratives¹⁹⁵⁶ de manière indépendante :

« Le directeur général ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune institution, d'aucun organe ni organisme, dans l'accomplissement de ses devoirs relatifs à l'ouverture et à l'exécution des enquêtes externes et internes et relatifs à l'établissement des rapports établis à la suite de celles-ci. Si le directeur général estime qu'une mesure prise par la Commission met en cause son indépendance, il en informe immédiatement le comité de surveillance et décide de l'opportunité d'engager une procédure contre la Commission devant la Cour de justice »¹⁹⁵⁷.

779. La protection contre toute influence externe apparaît essentielle en matière de lutte contre la corruption : l'Office peut suppléer à l'inaction des États membres qui refusent d'enquêter pour des motifs pratiques (complexité, caractère transnational, priorités internes d'enquêtes) ou politiques (protection d'intérêts nationaux ou de personnes spécifiques) sur des faits de corruption. Dans la même dynamique, le directeur général peut décider d'ouvrir une enquête interne ou externe non seulement à la demande d'un État membre ou de toute institution, organe ou organisme de l'Union, mais aussi de sa propre initiative¹⁹⁵⁸. Ainsi, en 2009, 75% des enquêtes de l'OLAF ont été ouvertes de sa propre initiative, ce qui tend à démontrer l'importance de garantir son indépendance¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁵ Règlement 883/2013, art. 5, para. 1.

¹⁹⁵⁶ Règlement 883/2013, art. 7, para. 1.

¹⁹⁵⁷ Règlement 883/2013, art. 17, para. 3. V. égal., Décision 1999/352, art. 3.

¹⁹⁵⁸ Le règlement 883/2013 distingue les conditions d'ouverture de l'enquête interne et externe. Pour l'enquête externe, l'accent est placé sur la demande issue d'un État membre qui, pour éviter toute instrumentalisation, doit démontrer un intérêt à l'ouverture d'une enquête. V., Règlement 883/2013, art. 5, para. 2, al. 1 : « La décision d'ouvrir une enquête externe est prise par le directeur général, agissant de sa propre initiative ou à la demande d'un État membre intéressé ou de toute institution, tout organe ou organisme de l'Union ». Pour l'enquête interne, l'accent est mis sur la demande qui émane de l'institution où pourrait se dérouler l'enquête. V. Règlement 883/2013, art. 5, para. 2, al. 2 : « La décision d'ouvrir une enquête interne est prise par le directeur général, agissant de sa propre initiative ou à la demande de l'institution, de l'organe ou de l'organisme au sein duquel l'enquête devra être effectuée ou à la demande d'un État membre ».

¹⁹⁵⁹ P. SZAREK-MASON, « OLAF : The anti-corruption policy within the European Union », in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest : a comparative law approach*,

Conformément à la logique qui sous-tend cette réforme, l'accent est désormais porté sur l'origine des informations reçues et l'efficacité de l'Office pour conclure rapidement les enquêtes¹⁹⁶⁰.

L'interdiction faite au directeur général de l'OLAF de ne solliciter ou de n'accepter aucune instruction semble proche de celle pesant sur l'ensemble des fonctionnaires européens qui doivent s'acquitter de leur fonction et régler leur conduite en ayant uniquement en vue les intérêts de l'Union¹⁹⁶¹. L'originalité de la disposition réside donc essentiellement dans l'indépendance de l'Office par rapport à sa propre institution, puisque ce dernier est intégré administrativement et budgétairement dans la Commission européenne¹⁹⁶². Plusieurs auteurs ont dénoncé, d'une manière générale, le risque de politisation des enquêtes administratives¹⁹⁶³. En pratique, même si sa décision doit être motivée¹⁹⁶⁴, l'OLAF risque effectivement de se trouver dans une position délicate tant lorsqu'elle décide d'ouvrir¹⁹⁶⁵ que de ne pas ouvrir¹⁹⁶⁶ une enquête sur des soupçons de corruption.

780. Dès sa création, l'OLAF s'est vu reconnaître des pouvoirs d'enquêtes importants afin d'assurer l'efficacité de son action. Une sous-direction entière est dédiée au soutien de ses activités opérationnelles¹⁹⁶⁷ et permet, par exemple, de recourir à ses propres

Coll. Studies in comparative law and legal culture series, éd. Edward Elgard, Cheltenham, 2014, pp. 288-301, spéc. p. 296.

¹⁹⁶⁰ V. *infra*, n^{os} 793. et s.

¹⁹⁶¹ Statut des fonctionnaires, art. 11, al. 1.

¹⁹⁶² V., par ex., D. FLORE, S. BOSLY, *op. cit.*, p. 731.

¹⁹⁶³ Par ex., v. R. ANDRE, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF), Assemblée nationale, 8 avr. 2004, n^o 1533, p. 17.

¹⁹⁶⁴ L'OLAF doit motiver la décision de rejet d'ouverture d'une enquête externe, v. Règlement 883/2013, art. 5§4.

¹⁹⁶⁵ Par ex., v. V. PUJAS, « Les difficultés de l'OLAF pour s'imposer en tant qu'acteur légitime de la protection des intérêts économiques et financiers européens », *Cultures & Conflits* [En ligne], n^o 62, 2006, para. 31, URL : <http://conflits.revues.org/2076>

¹⁹⁶⁶ Par ex., L. LAMANT, M. AUVILLAIN, « L'UE accusée de fermer les yeux sur un réseau de corruption en Italie », *Mediapart* [En ligne], 12 mai 2015, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/international/120515/lue-accusee-de-fermer-les-yeux-sur-un-reseau-de-corruption-en-italie?onglet=full>

¹⁹⁶⁷ La direction C est dédiée au support d'investigation. À ce propos, v. Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 38.

« *intelligence experts* »¹⁹⁶⁸ pour prendre connaissance du contenu des ordinateurs et des téléphones appartenant aux personnes concernées¹⁹⁶⁹.

En matière d'enquête externe, l'objectif restreint de protection des intérêts financiers a permis de légitimer la finalité répressive des enquêtes administratives. Les pouvoirs d'enquêtes des contrôleurs permettent le recueil d'éléments de preuves susceptibles d'être utilisés dans des procédures judiciaires nationales. Ainsi, l'OLAF est habilité à effectuer des contrôles et vérifications sur place auprès d'opérateurs économiques, y compris lorsque ces derniers ne sont pas visés, mais détiennent seulement des informations permettant d'établir une irrégularité commise par un autre opérateur¹⁹⁷⁰. Les contrôleurs ont accès à toutes les informations pertinentes dans des conditions équivalentes aux contrôleurs administratifs nationaux¹⁹⁷¹ et les opérateurs économiques sont en principe tenus de coopérer¹⁹⁷². Dès lors que des mesures conservatoires¹⁹⁷³ ou coercitives¹⁹⁷⁴ s'avèrent nécessaires, par exemple lorsque l'opérateur économique s'oppose au contrôle, les États membres sont tenus, dans le respect du droit national, de prendre les mesures adéquates et, le cas échéant, de demander l'autorisation à l'autorité judiciaire compétente¹⁹⁷⁵. En outre, la position spécifique de l'Office ne le plaçant pas *a priori* en concurrence avec les autorités de poursuite¹⁹⁷⁶, il est l'interlocuteur direct des autorités policières et judiciaires¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁶⁸ L'importance de ce soutien a été soulignée lors de l'interview OLAF effectuée en janvier 2016.

¹⁹⁶⁹ Règlement 883/2013, art. 2§5 : « "personne concernée", toute personne ou tout opérateur économique soupçonné de fraude, de corruption ou de toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et faisant de ce fait l'objet d'une enquête de la part de l'Office ».

¹⁹⁷⁰ Règlement 2185/96, art. 5, al. 3.

¹⁹⁷¹ Règlement 2185/96, art. 7, para. 1.

¹⁹⁷² Règlement 2185/96, art. 5, al. 2.

¹⁹⁷³ Règlement 2185/96, art. 7, para. 2 ; règlement 883/2013, art. 7 para. 7.

¹⁹⁷⁴ Règlement 2185/96, art. 9.

¹⁹⁷⁵ Règlement 883/2013, art. 3, para. 3, al. 2 et art. 7, para. 3.

¹⁹⁷⁶ D. FLORE S. BOSLY, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 732.

¹⁹⁷⁷ Décision 1999/352, art. 2, para. 6.

781. Les pouvoirs d'enquêtes internes prévus par le règlement 883/2013 permettent aux contrôleurs de l'OLAF de réaliser des perquisitions¹⁹⁷⁸ de manière autonome, proches de celles effectuées par la police judiciaire, au sein des institutions et organes européens :

« Pour autant que les dispositions mentionnées au paragraphe 1 soient respectées :

a) l'Office a accès sans préavis et sans délai à toute information pertinente, y compris aux informations figurant dans des bases de données, détenue par les institutions, organes et organismes, ainsi qu'aux locaux de ceux-ci. L'Office est habilité à vérifier la comptabilité des institutions, organes et organismes. L'Office peut prendre copie et obtenir des extraits de tout document et du contenu de tout support d'informations que les institutions, organes et organismes détiennent et, en cas de besoin, assumer la garde de ces documents ou informations pour éviter tout risque de disparition ;

b) l'Office peut demander aux fonctionnaires, aux autres agents, aux membres des institutions ou des organes, aux dirigeants des organismes ou aux membres du personnel des informations orales, y compris par voie d'entretiens, et des informations écrites »¹⁹⁷⁹.

782. Le terme de perquisition est d'ailleurs explicitement employé dans les rapports annuels de l'OLAF. À titre d'exemple, l'Office a récemment interrogé un agent contractuel au sein d'une délégation de l'UE et a « perquisitionné dans son bureau » à la suite de soupçons de corruption et de conflits d'intérêts dans le cadre de l'attribution d'un projet d'aménagement du territoire en Amérique du Sud. En l'espèce, l'agent européen aurait proposé à l'une des entreprises candidates d'effectuer des démarches pour faciliter l'attribution du marché et, parallèlement, aurait proposé les services de conseil de son épouse¹⁹⁸⁰. De surcroît, la possibilité de demander des informations orales ou écrites, évoquée ci-dessus, ne doit pas être sous-estimée puisque tous les membres du personnel de l'UE sont, en principe, tenus de coopérer avec les contrôleurs de l'OLAF¹⁹⁸¹.

783. Il résulte de ce qui précède que l'OLAF peut se trouver dans une position privilégiée pour conduire des enquêtes sur certains faits de corruption dont l'exécution

¹⁹⁷⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 759, v. perquisition : « mesure d'investigation effectuée en tous lieux (not. au domicile de la personne poursuivie ou soupçonnée) et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tous papiers, effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité [...] ».

¹⁹⁷⁹ Règlement 883/2013, art. 4, para. 2.

¹⁹⁸⁰ Rapport annuel de l'OLAF 2014, *Quinzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014*, 2015, pp. 29-30.

¹⁹⁸¹ Règlement 883/2013, art. 4, para. 7 ; 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'Office européen de lutte antifraude (OLAF), Annexe « Décision-modèle », art. 1, *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 15-19.

par les autorités judiciaires nationales est plus incertaine¹⁹⁸². C'est le cas des enquêtes administratives effectuées sur le territoire de pays tiers et rendues possibles grâce à la clause *ad hoc* insérée dans tous les contrats de la Commission européenne. L'OLAF a, par exemple, enquêté sur des soupçons de corruption pesant sur un fonctionnaire européen et commis par le biais de rétrocommissions¹⁹⁸³. En l'espèce, le fonctionnaire a été dépêché dans un État étranger pour financer un marché public, mais se serait mis d'accord avec l'adjudicateur local pour débloquer directement la somme. Un certain pourcentage devait lui être reversé par la suite. Ils auraient ensuite tenté de faire entrer le vérificateur dans le schéma de corruption pour éviter toute détection¹⁹⁸⁴. À la suite de l'enquête administrative, le contrôleur de l'OLAF peut entrer en contact avec les autorités répressives de l'État membre dont le fonctionnaire est un ressortissant (compétence personnelle active) pour qu'il mette en mouvement l'action public. Les preuves recueillies par l'OLAF peuvent ainsi permettre à un État membre d'ouvrir une enquête sur des faits de corruption transnationale (compétence personnelle active) sans dépendre de la coopération judiciaire d'un État tiers où la gouvernance est faible et ainsi de ne pas laisser impunies certaines atteintes à la probité.

Par ailleurs, lorsqu'un État membre est prêt à effectuer lui-même une enquête judiciaire sur des allégations de corruption, l'OLAF peut avoir un rôle complémentaire à jouer, notamment lorsque les faits sont mixtes, c'est-à-dire nécessitent l'ouverture d'une enquête externe et interne¹⁹⁸⁵. À titre d'exemple, l'OLAF a récemment ouvert une enquête parallèlement au Procureur national financier français : un groupement d'entreprises aurait promis l'octroi d'un pot-de-vin (2% du marché, soit près de deux millions d'euros) à un ou plusieurs fonctionnaires européens en échange de l'attribution d'un marché financé par l'Union européenne en Somalie¹⁹⁸⁶. Cette affaire tend à démontrer que l'OLAF est progressivement perçu comme un organe légitime pour recevoir des allégations de corruption puisqu'en l'espèce, le concurrent déçu se serait directement adressé à l'Office

¹⁹⁸² Entretien à l'OLAF.

¹⁹⁸³ L'OLAF présente la collusion avec le pouvoir adjudicateur ou avec d'autres candidats comme l'un des principaux risques avant la mise en œuvre des marchés. À ce propos, v. M. NTZIOUNI, *Attentes de la Commission en matière de lutte contre la fraude – Détection de la fraude lors d'une mission d'audit*, Séminaire des contrôles d'opérations au CICC, 5 et 6 février 2015, slide 44. URL : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dnlf/20150206_seminaire_FRANCE_MN_final.pdf

¹⁹⁸⁴ Entretien à l'OLAF.

¹⁹⁸⁵ Règlement 883/2013, art. 7, para. 4.

¹⁹⁸⁶ F. LABROUILLÈRE, « Parfum de corruption à l'Union européenne », *Paris Match* [Site Internet], 17 juin 2016. URL : <http://www.parismatch.com/Actu/International/Parfum-de-corruption-a-l-Union-europeenne-996602>

qui doit à présent « *déterminer si les propos rapportés par Le Monde établissent un réel projet de corruption (sic) ou, comme le suggère le général [...], une simple “ruse” dans un contexte de différend commercial* »¹⁹⁸⁷.

784. La majorité des affaires de corruption rapportées par le biais des rapports annuels, par la presse ou même par la doctrine¹⁹⁸⁸, concerne des enquêtes internes ouvertes à l'encontre d'un membre du personnel de l'UE. Le rôle de l'OLAF dans les enquêtes conduites au sein des institutions européennes s'est avéré prépondérant tant dans la protection des intérêts financiers que dans celle plus large des intérêts de l'UE.

Ainsi, l'une des hypothèses de corruption les plus fréquentes rencontrées par l'Office est celle commise dans le cadre des marchés publics impliquant des fonds de l'UE¹⁹⁸⁹. Parmi les « *success stories* » rendues publiques, l'OLAF a enquêté sur un agent européen détaché en Ukraine qui aurait accepté des avantages indus de la part de différents soumissionnaires¹⁹⁹⁰. À la suite de l'enquête administrative, l'immunité de l'agent européen a été levée, une sanction disciplinaire a été prise à son encontre (révocation¹⁹⁹¹) et la personne concernée a été arrêtée en Belgique¹⁹⁹².

Néanmoins, l'une des affaires de corruption les plus médiatiques ne concerne pas la protection des intérêts financiers de l'UE. En l'espèce, des tabloïds anglais ont organisé un canular aux dépens de députés européens en demandant à ces derniers s'ils acceptaient de déposer des amendements contre rémunération. Filmés par une caméra cachée, les députés européens semblent accepter l'offre et fixer le prix de leur « *service* »¹⁹⁹³. L'OLAF a été saisi et a transmis ses conclusions aux autorités de poursuites des États

¹⁹⁸⁷ C. FAYOL, « Soupçons de corruption dans un projet européen en Somalie », *Le Monde* [Site Internet], 15 avril 2016. URL : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/15/soupcons-de-corruption-dans-un-projet-europeen-en-somalie_4902768_3212.html

¹⁹⁸⁸ P. SZAREK-MASON, « OLAF : The anti-corruption policy within the European Union », in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest : a comparative law approach*, Coll. Studies in comparative law and legal culture series, éd. Edward Elgard, Cheltenham, 2014, pp. 288-301, spéc. p. 295.

¹⁹⁸⁹ Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 10.

¹⁹⁹⁰ Dans l'une des procédures, la commission occulte demandée s'élèverait à 4 % du montant total du marché. V. P. SZAREK-MASON, *op. cit. & loc. cit.*

¹⁹⁹¹ Dans le cas d'un fonctionnaire européen, le statut du fonctionnaire prévoit explicitement une possibilité de révocation. V. Statut des fonctionnaires, Annexe IX, art. 9, para. 1, point h.

¹⁹⁹² V. P. SZAREK-MASON, *op. cit. & loc. cit.*

¹⁹⁹³ « Piégés par de faux lobbyistes, trois eurodéputés acceptent de déposer des amendements contre de l'argent », *Le Monde* [En ligne], 20 mars 2011, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/03/20/pieges-par-de-faux-lobbyistes-trois-eurodeputes-acceptent-de-deposer-des-amendements-contre-de-l-argent_1495941_3214.html

membres et les anciens députés européens de nationalité slovène¹⁹⁹⁴, roumaine¹⁹⁹⁵ et autrichienne¹⁹⁹⁶ ont tous été condamnés pour corruption.

785. Si le fonctionnement réticulaire de l'OLAF ne lui permet pas de se comporter comme un organe de poursuite supranational autonome, il a poussé l'Office à préparer son action en amont. Les services administratifs de l'OLAF, bien que soumis au pouvoir hiérarchique de la Commission, participent ainsi à la qualité des enquêtes et cherchent à accomplir plus particulièrement deux objectifs.

Le premier objectif est d'assurer la circulation des informations afin de détecter plus facilement toute irrégularité. Une plateforme numérique dédiée a, par exemple, été mise en place entre l'OLAF et la Banque Mondiale¹⁹⁹⁷ afin de combattre la pratique du « double financement », irrégularité difficile à détecter où un même opérateur cherche à obtenir des subventions de deux organismes internationaux différents pour un même projet¹⁹⁹⁸.

Le second objectif consiste à faciliter le travail d'investigation, notamment lors des opérations extérieures. En effet, comme il l'a été évoqué ci-dessus, l'OLAF se retrouve souvent en position privilégiée pour procéder à des enquêtes sur le territoire de pays tiers ou au sein d'organisations internationales. La capacité de l'OLAF de se projeter sur le territoire d'États tiers peut apporter une réponse à l'inaction des États membres enclins à mettre en avant la complexité et l'incertitude des enquêtes transnationales pour justifier l'absence de poursuites ou le classement sans suite des allégations de corruption. Des « officiers de liaison » de l'OLAF ont d'ailleurs été détachés dans des pays tiers afin de faciliter certaines opérations, notamment en Ukraine (contrebande de cigarettes) et en Chine (propriété intellectuelle)¹⁹⁹⁹. Toutefois, ces officiers de liaison semblent plus à même de se concentrer sur des problématiques douanières que sur des infractions de

¹⁹⁹⁴ « Un ex-eurodéputé condamné pour corruption », *Le Figaro* [En ligne], 11 févr. 2014, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2014/02/11/97001-20140211FILWWW00261-un-ex-eurodepute-condamne-pour-corruption.php>

¹⁹⁹⁵ « Roumanie : prison pour un ex-eurodéputé », *Le Figaro* [En ligne], 24 févr. 2016, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/02/24/97001-20160224FILWWW00073-roumanie-3-ans-de-prison-pour-un-ex-eurodepute.php>

¹⁹⁹⁶ L'ancien européen autrichien a été condamné sur le fondement de l'article 304 du code pénal autrichien. V. Rapport du Groupe d'examen de l'application de la convention ONU sur l'Autriche, 4 avr. 2014, p. 28.

¹⁹⁹⁷ Communiqué de Presse de l'OLAF, n° 11, 15 juin 2016, URL : http://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/15-06-2016/innovative-investigative-data-cross-matching-platform-set-olaf-and_fr

¹⁹⁹⁸ Entretien à l'OLAF.

¹⁹⁹⁹ Entretien à l'OLAF.

corruption, ce qui sous-entend de s'appuyer également sur les officiers de liaison d'Europol²⁰⁰⁰.

L'importance pour les contrôleurs de disposer de contacts et de renseignements sur place ne doit pas être sous-estimée : une demande est souvent adressée directement par ces derniers au département « *Policy* » pour qu'il noue les partenariats nécessaires à la conduite des investigations²⁰⁰¹. Le département susmentionné prend alors contact avec le service européen pour l'action extérieure afin d'obtenir son aval, puis cherche à conclure un arrangement administratif avec un acteur local, de préférence un organe qui dispose de pouvoirs d'enquêtes similaires afin de faciliter les efforts de coordination. Ces arrangements administratifs ne sont pas destinés à créer de nouvelles obligations entre les parties : les organisations internationales publiques estiment elles-mêmes avoir intérêt à connaître le fonctionnement de l'OLAF pour anticiper la mise en œuvre de la clause autorisant l'Office à contrôler toute irrégularité²⁰⁰². Aussi, le recours aux arrangements administratifs a été généralisé²⁰⁰³ et concerne tant les pays tiers, les organisations internationales (comme la Banque Mondiale, les Nations Unies, l'Union africaine, etc.) et les États membres²⁰⁰⁴ que, pour les enquêtes internes, les institutions de l'Union européenne²⁰⁰⁵ (par ex., un accord récent a été signé avec la Banque centrale européenne²⁰⁰⁶).

2. Une faible autonomie opérationnelle

786. Le rôle de l'OLAF dans la lutte contre la corruption par le biais de ses enquêtes administratives ne doit pas être surévalué. Tout d'abord, ses pouvoirs d'investigation

²⁰⁰⁰ V. *infra*, n° 786.

²⁰⁰¹ Entretien à l'OLAF.

²⁰⁰² *Idem*.

²⁰⁰³ La liste des accords de coopération est disponible sur le site officiel de l'OLAF : https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/list_signed_acas_en.pdf

²⁰⁰⁴ Par ex., un arrangement administratif a été conclu entre l'OLAF et l'Autorité Nationale Anticorruption italienne (ANAC) en avril 2016 : http://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/20-04-2016/olaf-and-anac-team-tackle-corruption-italy-and-beyond_fr

²⁰⁰⁵ Entre 2015 et 2016, l'OLAF a conclu des arrangements administratifs avec la Commission européenne, le Service européen pour l'Action extérieure, le Comité économique et social européen et la Banque européenne d'investissement. Les négociations sont toujours en cours avec le Conseil. À ce propos, v. Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 23.

²⁰⁰⁶ Communiqué de presse de l'OLAF, n° 12, 16 juin 2016, URL : http://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/16-06-2016/olaf-and-european-central-bank-step-their-cooperation_fr

pénale ne lui permettent pas de mener seul des enquêtes complexes : il doit demander à une autorité nationale l'accomplissement de certains actes souvent indispensables dans les enquêtes financières comme, par exemple, la saisie de relevés bancaires. Les contrôleurs de l'Office restent donc dépendants de la coopération de nombreuses autorités au sein des États membres²⁰⁰⁷ : « *tout ce que fait l'OLAF est strictement limité au domaine des enquêtes administratives, c'est-à-dire il n'y a pas le moindre aspect d'investigation criminelle qui entre dans ses attributions [...] l'OLAF n'est pas, à ce stade, un auxiliaire de justice et n'a pas de pouvoir d'investigation pénale* »²⁰⁰⁸. Dans le prolongement, lorsque la commission d'une infraction est suspectée, l'État membre peut alors décider d'ouvrir une enquête pénale, ce qui réduit souvent l'Office à un rôle subsidiaire, voire d'assistance de l'autorité nationale mieux placée pour agir²⁰⁰⁹. Cette priorité de l'enquête judiciaire nationale se retrouve au stade des sanctions, puisque la procédure administrative peut être suspendue tant que la procédure pénale n'est pas close²⁰¹⁰.

Le succès de certaines enquêtes peut également dépendre de la coopération avec d'autres organes relevant de l'espace pénal européen pour assurer l'échange d'informations pertinentes et éviter les doublons. Or, la synergie entre, d'un côté, des organes du troisième pilier dédiés à la coopération judiciaire (Europol et Eurojust) et, de l'autre, un organe du premier pilier susceptible de conduire ses propres enquêtes administratives (OLAF) s'est avérée difficile. Ainsi, les missions d'Europol couvrent les infractions de corruption²⁰¹¹, mais ce dernier n'est pas autorisé à transmettre à l'OLAF des informations faisant apparaître des données personnelles²⁰¹². La relation asymétrique

²⁰⁰⁷ P. SZAREK-MASON, « OLAF : The anti-corruption policy within the European Union », in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest : a comparative law approach*, Coll. Studies in comparative law and legal culture series, éd. Edward Elgard, Cheltenham, 2014, pp. 288-301, spéc. p. 297.

²⁰⁰⁸ L. KUHL, « Les pouvoirs d'enquête de l'OLAF », in *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, 2005 symposium d'étude*, coll. Colloque de l'Union des avocats européens, éd. Bruylant, Bruxelles, pp. 87-94, spéc. p. 90.

²⁰⁰⁹ *Idem*.

²⁰¹⁰ Règlement 2988/95, art. 6.

²⁰¹¹ 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, art. 3§1 et art. 16§5, point i, JOUE L 135 du 24 mai 2016, pp. 53-114.

²⁰¹² Manuel opérationnel de l'OLAF, 1^{er} déc. 2009, point 2.4.1.2 : « *Given that the Europol legal framework does not allow it to forward information containing personal data to OLAF, cooperation is limited to fraud prevention and other policy matters and, where considered useful, the possible invitation of Europol staff to meetings on assistance cases* ».

entre l'OLAF et Europol²⁰¹³, qui n'aura été formalisée qu'en 2004²⁰¹⁴, n'a pas démontré son efficacité, du moins en matière de lutte contre la corruption. De manière similaire, l'articulation entre les missions de l'OLAF et d'Eurojust n'a pas été aisée et des bases communes n'ont pu être dégagées que progressivement à travers l'adoption d'accords administratifs successifs²⁰¹⁵. De surcroît, deux obstacles, l'un juridique et l'autre pratique, peuvent être mis en exergue. Juridiquement, la collaboration d'Eurojust avec l'OLAF dépend de l'autorisation des autorités nationales : « *L'OLAF peut contribuer aux travaux d'Eurojust visant à coordonner les enquêtes et poursuites en ce qui concerne la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, soit à l'initiative d'Eurojust, soit à la demande de l'OLAF, pour autant que les autorités nationales compétentes en la matière ne s'y opposent pas* »²⁰¹⁶. En pratique, la collaboration a pendant longtemps été amoindrie en raison d'un sentiment de compétition entre les deux organes, surtout que l'OLAF a la possibilité d'entrer directement en relation avec les États membres²⁰¹⁷.

787. Ensuite, la lutte contre la fraude demeure l'activité principale des contrôleurs et les faits de corruption ne sont souvent découverts que de manière incidente²⁰¹⁸. En 2004, la corruption ne représentait ainsi que 17% des nouvelles allégations portées à la connaissance de l'OLAF sur la période considérée²⁰¹⁹. En 2007, sur quatre-cent onze allégations d'irrégularités, seuls sept cas concernaient la corruption²⁰²⁰. La disparition de toute statistique récente dans les rapports annuels de l'OLAF sur les cas de corruption traités — ce qu'il est possible de regretter compte tenu des plans d'action de la

²⁰¹³ À ce propos, v. C. STEFANO, S. WHITE, H. XANTHAKI, *OLAF at the crossroads : action against EU fraud*, coll. Studies in international and comparative criminal law, éd. Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 112.

²⁰¹⁴ À ce propos, v. V. COVOLO, « The Legal Framework of OLAF Investigations - What lessons for the European penal area ? », *New Journal of European Criminal law*, vol. 2, n° 2, 2011, p. 211. L'accord administratif est disponible sur le site officiel de l'OLAF, v. : http://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework_fr

²⁰¹⁵ L'accord administratif actuellement en vigueur entre l'OLAF et Eurojust date de 2008. L'accord est disponible sur le site officiel de l'OLAF, v. : http://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework_fr

²⁰¹⁶ Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 févr. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, art. 26§3, *JOCE* L 63 du 6 mars 2002, pp. 1-13.

²⁰¹⁷ B. QUIRKE, « OLAF's role in the fight against fraud in the European Union: do too many cooks spoil the broth? », *Crime, Law and Social Change*, vol. 53, n° 1, févr. 2010, pp. 97-108, spéc. pp. 100-101.

²⁰¹⁸ Interview OLAF.

²⁰¹⁹ Rapport annuel de l'OLAF 2004, figure 17.

²⁰²⁰ P. SZAREK-MASON, « OLAF : The anti-corruption policy within the European Union », in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest : a comparative law approach*, Coll. Studies in comparative law and legal culture series, éd. Edward Elgard, Cheltenham, 2014, pp. 288-301, spéc. p. 294.

Commission en matière de statistique criminelle²⁰²¹ — permet de supputer, en creux, le caractère peu fréquent de ce type d'investigation. De surcroît, comme il l'a déjà été évoqué ci-dessus, la plupart des affaires médiatisées impliquent un fonctionnaire européen : au-delà de cette hypothèse, le rôle de l'OLAF doit être examiné de manière casuistique et apparaît souvent secondaire.

Les priorités de la politique en matière d'enquêtes, dégagées annuellement par le directeur général de l'OLAF²⁰²², reflètent le caractère marginal de la lutte contre la corruption dans les enquêtes de l'Office. De manière cohérente avec le thème transversal retenu dans le premier rapport anticorruption de l'UE²⁰²³, une attention particulière est accordée à la corruption dans les marchés publics. En 2014, seuls les cas de corruption dans les marchés publics liés aux réseaux d'infrastructures constituent une priorité²⁰²⁴. En 2016, une légère évolution peut être relevée : tous les cas de corruption dans les marchés publics sont prioritaires, notamment lorsqu'ils sont liés aux réseaux d'infrastructures et de transports²⁰²⁵.

788. Enfin, les enquêtes de l'OLAF restent assujetties à la protection des intérêts financiers de l'UE, voire aux intérêts de l'UE si le personnel européen est impliqué. Non seulement les missions de l'OLAF ont peu évolué depuis 1999²⁰²⁶, mais ce dernier n'a pas vocation, à la différence du futur Procureur européen, à recueillir de nouvelles compétences en matière de lutte contre la corruption.

De surcroît, le rôle de l'Office se limite à la détection et à l'enquête administrative portant sur des soupçons de corruption. Il ne joue aucun rôle direct dans les poursuites judiciaires : s'il découvre des faits de corruption, il doit transmettre un rapport aux autorités de poursuite nationales. C'est à ce stade que l'absence de volonté des États membres est susceptible de réapparaître.

²⁰²¹ V. *supra*, n^{os} 714. et .

²⁰²² Règlement 883/2013, art. 5, para. 1.

²⁰²³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final, pp. 24-41.

²⁰²⁴ Management Plan 2014 de l'OLAF, Annex « The Investigation Policy Priorities of the Office », p. 31.

²⁰²⁵ Management Plan 2016 de l'OLAF, Annex 1, p. 18.

²⁰²⁶ En 2013, la Commission a décidé de confier à l'OLAF une mission de soutien pour renforcer la protection de l'euro contre le faux-monnayage, avant de lui retirer deux ans plus tard. V., Décision de la Commission du 27 septembre 2013 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 257 du 28 sept. 2013, pp. 19-20 ; Décision (UE) 2015/512 de la Commission du 25 mars 2015 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 81 du 26 mars 2015, p. 4.

B. Les résultats inégaux des informations transmises aux autorités judiciaires

789. Si l'OLAF estime qu'une irrégularité a été commise, il ne dispose d'aucun pouvoir pour en assurer la sanction ou la poursuite effective par les autorités nationales. Son rôle se limite alors à l'information des États membres et à la transmission des éléments de preuves recueillis pour permettre aux autorités nationales d'ouvrir, parallèlement ou postérieurement à l'enquête administrative, une enquête judiciaire.

En effet, dans l'hypothèse où la commission d'une infraction de corruption active ou passive est suspectée, les États membres peuvent être alertés par l'OLAF durant l'exécution de son enquête administrative. Au cours d'une enquête externe, l'Office peut, en temps opportun, transmettre des informations aux autorités compétentes des États membres²⁰²⁷. La transmission en amont semble ici facultative, mais devient obligatoire à la suite d'un contrôle ou d'une vérification sur place²⁰²⁸. Quant aux enquêtes internes, le directeur général de l'OLAF a l'obligation d'informer les autorités judiciaires²⁰²⁹ des faits relevant de leur compétence, c'est-à-dire susceptibles de poursuites pénales²⁰³⁰.

De surcroît, le règlement 883/2013 a renforcé le rôle de l'OLAF dans la répression des infractions pénales puisque désormais « *l'Office peut produire des éléments de preuve dans les procédures engagées devant les juridictions nationales conformément au droit national et au statut* »²⁰³¹.

790. L'enquête administrative se conclut par l'établissement d'un rapport sous l'autorité du directeur général²⁰³² qui, en pratique, regroupe tous les documents de la procédure (base juridique de l'enquête, phases procédurales suivies, faits constatés,

²⁰²⁷ Règlement 883/2013, art. 12, para. 1 : « l'Office peut transmettre aux autorités compétentes des États membres concernés des informations obtenues au cours d'enquêtes externes, en temps opportun pour leur permettre d'y réserver les suites appropriées conformément à leur droit national ».

²⁰²⁸ Règlement 2185/96, art. 7, para. 2 : « [...] la Commission communique, dans les meilleurs délais, à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel a été effectué un contrôle ou une vérification sur place, tout fait ou tout soupçon relatif à une irrégularité dont elle a eu connaissance dans le cadre de l'exécution du contrôle ou de la vérification sur place. En tout état de cause, la Commission est tenue d'informer l'autorité susvisée du résultat de ces contrôles et vérifications ».

²⁰²⁹ Il n'est plus tenu d'informer simultanément l'État membre concerné. À ce propos, v. Règlement 1073/1999, art. 10, para. 2.

²⁰³⁰ Règlement 883/2013, art. 12, para. 2 : « [...] le directeur général transmet aux autorités judiciaires de l'État membre concerné les informations obtenues par l'Office, au cours d'enquêtes internes, sur des faits relevant de la compétence d'une autorité judiciaire nationale ».

²⁰³¹ Règlement 883/2013, art. 12, para. 4.

²⁰³² Règlement 883/2013, art. 11, para. 1, al. 1.

incidence financière estimée, respect des garanties de procédure) y compris les éléments de preuves recueillis. Le rapport final est accompagné des recommandations du directeur général sur les suites à donner à l'enquête (disciplinaires, administratives, financières voire judiciaires) et précise le montant estimé des recouvrements ainsi que la qualification juridique préliminaire des faits²⁰³³.

Le sort des rapports établis à l'issue des enquêtes externes et ceux rédigés à la suite des enquêtes internes n'est pas identique. Dans le premier cas, le rapport et les recommandations doivent être transmis aux autorités compétentes des États membres et, s'il y a lieu, aux services compétents de la Commission²⁰³⁴. Dans le second cas, le rapport et les recommandations sont transmis aux institutions, organes et organismes de l'UE concernés. Il revient alors à ces derniers de décider des suites disciplinaires et judiciaires²⁰³⁵. Le règlement 883/2013 pose une nouvelle obligation d'information directe des autorités judiciaires de l'État membre concerné si l'enquête interne révèle l'existence de faits susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales²⁰³⁶. Aussi, si seule une « information » semble prévue, et non la transmission du rapport et des recommandations, les suites judiciaires d'une affaire interne gérée par l'OLAF ne sont plus uniquement dépendantes de la décision de l'organe européen concernée. Cette nouvelle obligation n'est pas neutre en matière de corruption, les enquêtes anticorruption de l'OLAF concernant dans de nombreux cas des membres du personnel de l'UE.

Les enquêtes administratives de l'OLAF ont une finalité répressive puisqu'elles peuvent constituer le prélude à la mise en mouvement de l'action publique par les autorités répressives nationales. Néanmoins, en pratique, peu de dossiers gérés par l'OLAF méritent d'être transmis aux autorités nationales, même si une augmentation peut être observée : en 2005, les dossiers transmis représentaient environ 10 % des enquêtes ouvertes²⁰³⁷, le chiffre semblant actuellement plus proche des 30 %²⁰³⁸.

²⁰³³ Règlement 883/2013, art. 11, para. 1, al. 2.

²⁰³⁴ Règlement 883/2013, art. 11, para. 3.

²⁰³⁵ Règlement 883/2013, art. 11, para. 4.

²⁰³⁶ Règlement 883/2103, art. 11, para. 5.

²⁰³⁷ L. KUHL, « Les pouvoirs d'enquête de l'OLAF », in *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, 2005 symposium d'étude*, coll. Colloque de l'Union des avocats européens, éd. Bruylant, Bruxelles, pp. 87-94, spéc. p. 92.

²⁰³⁸ Entretien à l'OLAF.

791. Les autorités judiciaires nationales restent entièrement libres de la qualification juridique des faits portés à leur connaissance, qu'ils soient issus d'une enquête interne²⁰³⁹ ou externe, et de l'opportunité ou non de mettre en mouvement l'action publique²⁰⁴⁰. Or, le suivi des recommandations par les États membres s'est avéré faible et aléatoire. Ainsi, de 1999 à 2011, 43,9 % des recommandations judiciaires ont été classées sans suite²⁰⁴¹. Plusieurs raisons ont été mises en exergue afin d'expliquer ces statistiques.

Tout d'abord, les autorités judiciaires accordent une faible priorité à certaines affaires en raison soit d'un « manque d'intérêt public » pour les faits transmis soit, d'une manière générale, d'un faible intérêt de la politique pénale nationale pour la protection des intérêts financiers de l'UE²⁰⁴². De plus, les États membres ne disposent pas nécessairement des capacités matérielles pour travailler efficacement avec l'OLAF et pour ouvrir des enquêtes sur des faits complexes ou transnationaux. Des considérations pratiques ont également été avancées : les procureurs nationaux auraient des difficultés à appréhender des dossiers dont le contenu ne leur est pas familier et se monteraient particulièrement prudents sur les affaires ayant un caractère européen cherchant à y accorder un temps suffisant, incompatible avec leur charge de travail²⁰⁴³.

Ensuite, le travail de l'OLAF, parfois vu comme excessivement bureaucratique²⁰⁴⁴, n'a pas toujours présenté une qualité suffisante pour entraîner la mise en mouvement de l'action publique. Ainsi, en 2005, la Cour des comptes européenne a appuyé sur la nécessité de produire des rapports de clôture clairs, avec des conclusions pertinentes, précises et équilibrées : « *Dans nombre de cas examinés au titre de l'échantillon, il est apparu que la qualité des rapports finals laissait à désirer* »²⁰⁴⁵. De surcroît, les rapports

²⁰³⁹ Règlement 883/2013, Préambule, cons. 30.

²⁰⁴⁰ Règlement 883/2013, Préambule, cons. 31.

²⁰⁴¹ Rapport annuel de l'OLAF 2010, *Eleventh operational report of the European Anti-fraud Office - 1 January to 31 December 2010*, 2011, p. 43.

²⁰⁴² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur 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*, 26 mai 2011, COM(2011) 293 final, p. 6.

²⁰⁴³ C. STEFANO, S. WHITE, H. XANTHAKI, *OLAF at the crossroads : action against EU fraud*, coll. Studies in international and comparative criminal law, éd. Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 176 et s.

²⁰⁴⁴ V. COVOLO, « The Legal Framework of OLAF Investigations - What lessons for the European penal area ? », *New Journal of European Criminal law*, vol. 2, n° 2, 2011, p. 212.

²⁰⁴⁵ Rapport Spécial de la Cour des comptes européenne n° 1/2005 relatif à la gestion de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) accompagné des réponses de la Commission, *JOUE C 202* du 18 août 2005, pp. 1-32, spéc. para. 29.

communiqués par l'OLAF ne contiennent pas nécessairement des preuves suffisantes pour ouvrir une enquête judiciaire²⁰⁴⁶.

L'évaluation précise du suivi des dossiers de corruption transmis aux États membres reste difficile puisque, d'une part, les statistiques publiques ne sont pas ventilées en fonction des infractions suspectées et, d'autre part, de fortes disparités existent selon les États membres considérés²⁰⁴⁷. Toutefois, les difficultés susmentionnées rappellent la problématique plus large de l'inefficacité des processus répressifs (moyens, spécialisation, complexité, caractère transnational), déjà évoqués à propos de la corruption²⁰⁴⁸, et à laquelle l'OLAF ne semble apporter qu'une solution modérée ou temporaire. En outre, les statistiques récentes tendent à confirmer que le problème ne vient pas uniquement de la qualité du travail de l'Office, qui a sensiblement été améliorée par la réorganisation de 2012 et la réforme de 2013²⁰⁴⁹ : entre 2013 et 2015, le nombre d'affaires classées sans suite par les autorités judiciaires, en dépit de la recommandation formulée dans le rapport final, se stabilise autour des 47 %²⁰⁵⁰.

Section II. La restructuration organique et fonctionnelle de l'OLAF

792. Le fonctionnement réticulaire de l'OLAF et son organisation initiale ont entraîné la conduite d'enquêtes longues et incertaines au détriment des personnes faisant l'objet

²⁰⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur 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*, 26 mai 2011, COM(2011) 293 final, p. 8.

²⁰⁴⁷ Commission Staff Working paper to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION On the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations: An integrated policy to safeguard taxpayers' money, 26 mai 2011, SEC(2011) 621 final, pp. 7-9.

²⁰⁴⁸ V. *supra*, n^{os} 577. et s.

²⁰⁴⁹ V. *infra*, n^{os} 792. et s.

²⁰⁵⁰ En 2013, sur 436 recommandations judiciaires émises entre 2006 et 2013, 261 ont fait l'objet d'une décision judiciaire et, parmi ces dernières, 46% ont fait l'objet d'un classement sans suite ; en 2014, sur 479 recommandations judiciaires émises entre 2007 et 2014, 306 ont fait l'objet d'une décision judiciaire et, parmi ces dernières, 47% ont fait l'objet d'un classement sans suite ; en 2015, sur 454 recommandations judiciaires émises entre 2008 et 2015, 263 ont fait l'objet d'une décision judiciaire et, parmi ces dernières, 48% ont fait l'objet d'un classement sans suite. V. Rapport annuel de l'OLAF 2013, 2014, p. 23 ; Rapport annuel de l'OLAF 2014, *Quinzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014*, 2015, p. 22 ; Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 24.

d'investigations. Outre une réflexion sur le contrôle de l'action de l'OLAF afin de lui donner une nouvelle légitimité et de s'assurer que son rapport puisse être utilisé par les autorités répressives nationales²⁰⁵¹, le législateur européen a entrepris en 2013 une réforme structurelle de l'Office afin, d'une part, d'améliorer la célérité des enquêtes administratives (I) et, d'autre part, d'assurer une plus grande coordination entre l'OLAF et les autorités nationales et européennes (II).

I. L'amélioration de la célérité des enquêtes administratives

793. La réforme de 2013 a cherché à remédier à la durée jugée excessivement longue des enquêtes administratives de l'OLAF²⁰⁵². Ainsi, en 2011, la durée moyenne nécessaire pour décider de l'ouverture d'une enquête était de 6,6 mois et les enquêtes elles-mêmes duraient en moyenne 22,5 mois²⁰⁵³. Certaines affaires portées à la connaissance de la Cour de Justice de l'Union européenne semblent confirmer ce délai. À titre d'exemple, en octobre 2008, l'OLAF a reçu des allégations à l'encontre d'un assistant parlementaire dont les activités réelles ne semblaient pas en rapport avec ses fonctions officielles. L'OLAF a décidé de l'ouverture d'une enquête en août 2009 (8 mois), puis a auditionné la personne suspectée en juillet 2011, avant de clore l'enquête trois mois plus tard (3 ans)²⁰⁵⁴.

La durée des enquêtes de l'OLAF soulève deux problèmes principaux. Premièrement, la situation des « acteurs » concernés (notamment les personnes visées par l'enquête, mais aussi le lanceur d'alerte, l'institution de l'UE ou l'État membre qui a signalé les faits, etc.) peut rester incertaine, pendant une durée déraisonnable, dans l'attente d'une éventuelle décision du directeur général de l'OLAF. Deuxièmement, si les faits portés à la connaissance de l'Office sont susceptibles de qualification pénale, le temps dédié à l'ouverture et à l'exécution de l'enquête administrative peut entraver l'action des autorités

²⁰⁵¹ V., par ex., A. MET-DOMESTICI, « The Reform of the EU's Anti-Corruption Mechanism », *eu crim*, n° 1, 2012, pp. 25-30, spéc. p. 29. Cependant, pour l'occasion manquée d'un contrôleur des garanties, v. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 en ce qui concerne la mise en place d'un contrôleur des garanties de procédure, 11 juin 2014, COM(2014) 340 final ; Note du Conseil, 27 oct. 2014, Doc. n° 14075/14.

²⁰⁵² Par ex., v. Rapport spécial de la Cour des comptes européenne, *Suivi du rapport spécial no 1/2005 relatif à la gestion de l'office européen de lutte antifraude*, n° 2, 2011, p. 19.

²⁰⁵³ Rapport annuel de l'OLAF 2011, 2012, p. 19. graphique 10.

²⁰⁵⁴ V. CJUE, Gde ch., 14 juin 2016, Marchiani c. Parlement, affaire C-566/14P (ECLI:EU:C:2016:437), inédit, para. 15 et 16.

judiciaires nationales par le jeu de la prescription de l'action publique. La célérité du travail de l'OLAF est alors centrale dans l'appréciation de son rôle en matière de lutte contre la corruption, sachant que ce dernier doit tenir compte de la diversité des régimes juridiques en Europe, parfois inadaptés, ce qui a d'ailleurs poussé la Commission européenne à agir²⁰⁵⁵. De surcroît, l'Office est parfois le seul détenteur d'allégations de corruption²⁰⁵⁶ et un système d'évaluation efficace paraît obligatoire pour porter rapidement les faits à la connaissance des autorités nationales. À titre d'exemple, l'OLAF a récemment été averti par un concurrent déçu de soupçons de corruption pesant sur l'attribution d'un marché financé par l'Union européenne en Somalie et semble, en conséquence, à l'origine de l'information transmise aux autorités françaises ayant entraîné l'ouverture d'une enquête judiciaire par le parquet national financier²⁰⁵⁷.

794. L'inefficience de l'OLAF ne tenait pas à un manque de moyen ou de formation du personnel, mais à une gestion insatisfaisante des informations reçues. En pratique, chaque soupçon de violation du droit communautaire faisait l'objet d'une évaluation par les contrôleurs eux-mêmes. Or, ces derniers n'étant tenus par aucun délai, ils étaient tentés de donner priorité aux enquêtes déjà ouvertes dont ils avaient la charge²⁰⁵⁸.

Aussi, la réorganisation interne décidée par le nouveau directeur général le 1^{er} février 2012, accompagnée de l'émission de lignes directrices intitulées « *OLAF Instructions to Staff on Investigative Procedures* », apparaît comme une réponse appropriée puisqu'elle concentre chaque activité par « unité » spécialisée. La nouvelle stratégie tient en réalité compte des discussions engagées par les institutions européennes depuis 2006²⁰⁵⁹, qui sera formalisée dans le Règlement 883/2013. L'OLAF a alors révisé ses lignes directrices,

²⁰⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 444. et s.

²⁰⁵⁶ L'Office a d'ailleurs pour objectif de centraliser l'ensemble des allégations, puisque toute irrégularité doit lui être signalée par les institutions UE et les EM (références). Dans le prolongement, il a ouvert, en mars 2010 une plateforme numérique permettant de signaler toute irrégularité de manière confidentielle ou anonyme. V. Rapport annuel de l'OLAF 2010, *Eleventh operational report of the European Anti-fraud Office - 1 January to 31 December 2010*, 2011, p. 13.

²⁰⁵⁷ V. *supra*, n^o 783.

²⁰⁵⁸ Entretien à l'OLAF.

²⁰⁵⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n^o 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), 24 mai 2006, COM(2006) 244 final.

appelées « *Guidelines on Investigation Procedures for OLAF Staff* » (ci-après, « lignes directrices »), en vigueur au 1^{er} octobre 2003²⁰⁶⁰.

795. La pierre angulaire de la nouvelle organisation interne repose sur l'unité 0.1 « Enquête – Sélection et révision », créée afin d'assister le directeur général dans l'ouverture et l'exécution des enquêtes. Le nouveau mécanisme s'avère beaucoup plus précis : tout soupçon d'irrégularité porté à la connaissance de l'OLAF est immédiatement transféré à l'unité 0.1²⁰⁶¹ qui va chercher à établir la compétence de l'Office, puis l'existence de soupçons suffisants (analyse de la fiabilité de la source, crédibilité des informations reçues, possibilités de vérifier les allégations)²⁰⁶². À cette fin, l'OLAF peut désormais accéder à toutes les bases de données détenues par les institutions, organes et organismes de l'UE²⁰⁶³. Les faits allégués sont alors confrontés à une série de critères prédéfinis²⁰⁶⁴ : priorités de la politique en matière d'enquête, plan annuel de gestion, utilisation efficace des ressources et proportionnalité des moyens employés. Au terme de ce processus, l'opportunité de laisser les enquêtes internes à d'autres organes européens, comme l'IODC²⁰⁶⁵, est évaluée : le nouveau règlement vient ainsi consacrer la politique *de minimis*²⁰⁶⁶ afin de permettre à l'OLAF de se concentrer sur les faits les plus graves. Le directeur général reste seul compétent pour décider de l'ouverture effective ou non d'une enquête²⁰⁶⁷, mais il suit dans l'écrasante majorité des situations l'opinion formulée par l'unité 0.1²⁰⁶⁸.

En outre, la phase d'ouverture est encadrée par certains délais pour tenir compte de la situation particulière des « sources ». Ainsi, l'Office s'engage à tenir informé tout lanceur d'alerte, dans les deux mois qui suivent la transmission de l'information, du temps

²⁰⁶⁰ Règlement 883/2013, art. 17, para. 8. Contrairement aux prescriptions du Règlement 883/2013, les lignes directrices ne sont pas disponibles dans toutes les langues officielles de l'UE. V. la page d'accueil du site officiel de l'OLAF : http://ec.europa.eu/anti-fraud//home_fr

²⁰⁶¹ Lignes directrices, art. 1 à 4.

²⁰⁶² Rapport annuel de l'OLAF 2014, *Quinzième rapport de l'O ce européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014*, 2015, p. 14.

²⁰⁶³ Règlement 883/2013, art. 6.

²⁰⁶⁴ Règlement 883/2013, art. 5, para. 1. V. égal., Lignes directrices, art. 5.

²⁰⁶⁵ À ce propos, v. *supra* ; v. égal., P. SZAREK-MASON, « OLAF : The anti-corruption policy within the European Union », in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest : a comparative law approach*, Coll. Studies in comparative law and legal culture series, éd. Edward Elgard, Cheltenham, 2014, pp. 288-301, spéc. p. 299.

²⁰⁶⁶ Règlement 883/2013, art. 5, para. 1, *in fine*.

²⁰⁶⁷ Règlement 883/2013, art. 5. Lignes directrices, art. 6.

²⁰⁶⁸ Entretien à l'OLAF.

nécessaire pour entreprendre une « action appropriée »²⁰⁶⁹. De surcroît, lorsqu'une demande d'enquête est émise par une institution, un organe ou un organisme de l'Union ou encore par un État membre, l'OLAF dispose de deux mois pour faire connaître son appréciation : à défaut, il est réputé avoir décidé de ne pas ouvrir une enquête, ce qui devrait implicitement permettre aux institutions de l'UE de recouvrer leur propre pouvoir de contrôle et d'agir en conséquence²⁰⁷⁰.

796. Si l'ouverture des enquêtes est à présent extrêmement formalisée, la réorganisation interne de l'OLAF a été l'occasion de rechercher un équilibre entre célérité et qualité du travail des contrôleurs au stade de l'exécution des enquêtes.

En effet, les enquêtes doivent être conduites « *sans désemparer pendant une période de temps qui doit être proportionnée aux circonstances et à la complexité de l'affaire* »²⁰⁷¹. Afin d'exercer une pression permanente, le Comité de surveillance de l'OLAF est formellement chargé de suivre la durée des investigations : si une enquête se prolonge au-delà de douze mois, le directeur général²⁰⁷² est tenu d'émettre un rapport à destination du Comité de surveillance expliquant la durée constatée et détaillant les correctifs entrepris pour accélérer les investigations. De surcroît, le rapport doit être réitéré tous les six mois²⁰⁷³.

Toutefois, les contrôleurs de l'OLAF doivent, dans le même temps, gérer des contraintes administratives supplémentaires qui ralentissent nécessairement les vérifications²⁰⁷⁴. En effet, chaque fois qu'un acte d'enquête nécessite l'autorisation écrite du directeur général (entretien des personnes concernées et des témoins, vérifications sur place, opérations extérieures dans des pays tiers, etc.), il fait désormais l'objet d'un contrôle *ex ante* de légalité, de nécessité et de proportionnalité par l'Unité 0.1²⁰⁷⁵.

²⁰⁶⁹ Lignes directrices, art. 5, para. 2.

²⁰⁷⁰ Règlement 883/2013, art. 5, para. 3 : « Tant que le directeur général étudie l'opportunité d'ouvrir une enquête interne à la suite d'une demande visée au paragraphe 2 et/ou tant que l'Office conduit une enquête interne, les institutions, organes et organismes concernés n'ouvrent pas d'enquête parallèle sur les mêmes faits, sauf s'il en a été convenu autrement avec l'Office ».

²⁰⁷¹ Nous soulignons. Règlement 883/2013, art. 7, para. 4.

²⁰⁷² Cette obligation pèse explicitement sur le directeur général. V., Règlement 883/2013, art. 17, para. 5, point c.

²⁰⁷³ Règlement 883/2013, art. 7 §8.

²⁰⁷⁴ Entretien à l'OLAF.

²⁰⁷⁵ Règlement 883/2013, art. 17 §7 ; Lignes directrices, art.12.

L'objectif est d'assurer la force probante des éléments de preuves recueillis dans l'optique d'une procédure judiciaire ultérieure²⁰⁷⁶.

797. Malgré les nouvelles contraintes administratives, la restructuration de l'OLAF semble avoir permis une diminution drastique de la durée des enquêtes²⁰⁷⁷. Par rapport à l'année 2008, l'OLAF aurait réduit son temps de sélection de 60 % (en moyenne 1,7 mois), alors que le volume d'informations reçues a presque doublé²⁰⁷⁸. De même, seuls 22% des enquêtes ouvertes ont duré plus de 20 mois²⁰⁷⁹. Aussi, la conduite d'enquêtes administratives susceptibles de porter sur des faits de corruption complexes semble davantage compatible avec les exigences procédurales des États membres.

Toutefois, les statistiques sont une nouvelle fois peu précises sur le type d'affaires gérées (qualification préliminaire des faits) et la réforme est encore trop récente pour permettre d'affirmer avec certitude l'existence d'une plus-value en présence d'une infraction pénale. Les chiffres susmentionnés doivent être rapprochés, d'une part, du suivi des recommandations judiciaires par les autorités de poursuite, qui est resté faible²⁰⁸⁰ et, d'autre part, des affaires où il est allégué que les droits fondamentaux des personnes concernées n'ont pas été respectés.

798. De manière tout aussi théorique, les enquêtes anticorruption devraient bénéficier des efforts consentis au niveau européen pour améliorer la coordination entre l'OLAF et l'ensemble des acteurs avec lesquels il interagit quotidiennement.

II. La coordination des enquêtes administratives

799. Le législateur européen a notamment cherché à renforcer la coopération entre l'OLAF et les États membres tout au long de l'enquête administrative. En premier lieu, le flux d'information n'est plus unidirectionnel tant au moment de la sélection des affaires que de la clôture des investigations. Ainsi, lorsqu'un État membre demande à l'OLAF d'ouvrir une enquête, ce dernier est désormais tenu de lui fournir une réponse dans les

²⁰⁷⁶ Règlement 883/2013, art. 11 §2.

²⁰⁷⁷ Entretien à l'OLAF.

²⁰⁷⁸ Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 12.

²⁰⁷⁹ *Ibid.* p. 15.

²⁰⁸⁰ V. *supra*, n^{os} 789. et s.

deux mois²⁰⁸¹. À l'inverse, lorsque l'OLAF transmet à un État membre le rapport final d'une enquête externe ou l'informe des faits susceptibles de qualification pénale à l'issue d'une enquête interne, l'Office peut demander aux autorités compétentes de lui envoyer, en temps utile, des informations sur les suites éventuellement données²⁰⁸². L'objectif est de permettre aux institutions de l'Union européenne de tirer toutes les conséquences des décisions prises au niveau national, par exemple en reprenant la procédure disciplinaire ouverte à l'encontre d'un fonctionnaire européen ou la procédure administrative relative à un opérateur économique²⁰⁸³. Toutefois, cette information ne circule qu'à la demande de l'OLAF afin d'éviter les surcharges administratives. Or, cette règle s'articule mal avec les lignes directrices dégagées par le directeur général qui prévoient un contrôle systématique de la mise en œuvre de l'ensemble des recommandations²⁰⁸⁴. En outre, lorsque les faits sont susceptibles de poursuites judiciaires, la transmission des informations pertinentes permet d'effectuer annuellement une analyse non plus uniquement quantitative, mais qualitative, pays par pays, des dossiers classés sans suite. Dans l'hypothèse où l'Office cherche à effectuer une telle évaluation, la charge administrative a donc été déplacée sur ses propres services, ce qui ne va pas dans le sens du renforcement et de la rationalisation de ses activités.

En second lieu, chaque État membre est désormais contraint de désigner une autorité de coordination antifraude²⁰⁸⁵ (ci-après, « AFCOS »²⁰⁸⁶) afin d'aider l'OLAF dans le choix des structures nationales compétentes lors de ses opérations externes²⁰⁸⁷. Le rôle principal des AFCOS est donc administratif : il consiste à gérer les demandes émises par l'Office puis à orienter ce dernier. De manière facultative, une autorité avec des pouvoirs d'investigations peut être désignée et doit alors être considérée comme une autorité compétente au sens du règlement 883/2013. De nombreux États membres ont désigné une autorité administrative spécialisée dans les problématiques de fraude²⁰⁸⁸, à l'exemple de

²⁰⁸¹ Règlement 883/2013, art. 5 §4.

²⁰⁸² Règlement 883/2013, art. 11 §6.

²⁰⁸³ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) no 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (Euratom) n° 1074/1999, 17 mars 2011, COM(2011) 135 final, p. 4.

²⁰⁸⁴ Lignes directrices, art. 24, 26 et 27.

²⁰⁸⁵ Règlement 883/2013, art. 3 §4.

²⁰⁸⁶ L'acronyme reprend ici la dénomination anglaise : « *Anti-fraud coordination service* ».

²⁰⁸⁷ Les AFCOS existaient antérieurement au Règlement 883/2013, mais il n'existait aucune obligation de s'en doter.

²⁰⁸⁸ La liste à jour des AFCOS est disponible sur le site Internet de l'OLAF. URL : http://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/partners_en

la France qui a choisi la Délégation Nationale à la Lutte contre la Fraude (DNLF), service rattaché au Ministère des Finances. D'autres semblent avoir créé une autorité *ad hoc*²⁰⁸⁹ ou délégué la tâche à un service compétent pour les infractions économiques²⁰⁹⁰ ; seuls deux États membres ont choisi une autorité spécialisée en matière de corruption et d'atteintes à la probité²⁰⁹¹.

800. L'efficacité du mécanisme a pu être récemment démontrée dans une affaire complexe comprenant des faits de corruption. En l'espèce, une société roumaine a remporté un appel d'offres, pour un montant avoisinant vingt millions d'euros, relatif à un projet de développement à destination des plus démunis, géré par l'Agence roumaine pour l'Agriculture (APIA) et financé par l'Union européenne. Les autorités roumaines ont rapidement suspecté des irrégularités, dont des actes de corruption, destinés à détourner la subvention versée²⁰⁹². Elles décident donc d'ouvrir une enquête judiciaire et de recourir à la coopération internationale pour conduire leurs investigations. Le parquet anticorruption roumain (DNA) a ainsi sollicité l'assistance de l'OLAF à travers son AFCOS, le Département roumain antifraude (DLAF), afin d'effectuer des vérifications sur place en Roumanie et en Bulgarie, en coordination avec les *Carabinieri* italiens (gendarmes) et à l'aide des informations reçues des autorités administratives suédoises et allemandes ; au niveau européen, l'OLAF a sollicité et obtenu la coopération de la « DG Agriculture » rattachée à la Commission européenne. Cette affaire permet de mettre en exergue l'efficacité de la lutte contre la criminalité transnationale dans l'espace européen lorsque l'ensemble des services judiciaires et administratifs, européens et nationaux, agissent de concert. Mais elle illustre plus précisément le rôle de l'AFCOS roumain qui a facilité l'échange d'informations opérationnelles entre le niveau national et supranational. En revanche, même si les faits concernaient plusieurs États membres, ni Europol ni Eurojust ne semblent avoir été associés aux investigations, l'OLAF étant vu comme l'organe européen pertinent dès qu'une atteinte aux intérêts financiers de l'UE est détectée.

801. L'Office a également développé, à travers des arrangements administratifs non contraignants, une relation directe avec des organes européens et certaines autorités

²⁰⁸⁹ Par ex. : Allemagne, Bulgarie, Lettonie et Pologne.

²⁰⁹⁰ Par ex. : Lituanie et Suède.

²⁰⁹¹ Par ex. : Grèce et Slovaquie.

²⁰⁹² Communiqué de presse de l'OLAF n° 15, 5 octobre 2015, URL : https://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/press-releases/olaf-dna-joint-investigation-fraud-and-corruption-free-food-programme_en

administratives des États membres, ainsi qu'avec des organisations internationales publiques et les autorités de pays tiers. Cette stratégie proactive, qui participe à la position privilégiée de l'Office pour mener certaines investigations, n'est pas parue évidente à sa création puisqu'il s'agit souvent de formaliser une relation avec ceux qui sont susceptibles de faire l'objet d'une investigation²⁰⁹³ : les anciens règlements 1073/1999 et 1074/1999 ne prévoient aucune disposition en la matière. À la différence des accords de coopération, les arrangements administratifs ne font l'objet d'aucune publicité, ce qui empêche toute analyse de la base juridique retenue pour signer ces actes. De manière similaire, les accords conclus avec Eurojust et Europol, considérés comme des « arrangements pratiques », ne mentionnent explicitement aucun fondement propre à l'Office.

Le règlement 883/2013 met fin aux ambiguïtés juridiques susmentionnées et vient donc ouvrir « *la possibilité de conclure avec ces entités des arrangements administratifs visant à faciliter l'échange d'informations* » afin, paradoxalement, « *d'encourager encore plus la coopération* »²⁰⁹⁴. En effet, l'OLAF dispose désormais d'une base juridique claire pour conclure des arrangements administratifs avec les États membres²⁰⁹⁵, les institutions, organes et organismes de l'UE²⁰⁹⁶ ainsi qu'avec les pays tiers et les organisations internationales²⁰⁹⁷, ce qui permet d'expliquer le recours de plus en plus fréquent à ce type d'accord.

Au-delà des arrangements facultatifs, le législateur européen a privilégié les mesures destinées à éviter l'aggravation du préjudice financier causé à l'UE en imposant à l'Office d'avertir sans délai l'institution, l'organe ou l'organisme concerné lorsqu'il pourrait être opportun de prendre des mesures administratives conservatoires²⁰⁹⁸. La circulation de cette information est suffisamment importante pour ne pas laisser les entités libres d'en décider et éviter qu'une institution européenne ne continue de verser des subventions alors que, dans le même temps, l'OLAF suspecte la commission de graves irrégularités.

²⁰⁹³ C. STEFANO, S. WHITE, H. XANTHAKI, *OLAF at the crossroads : action against EU fraud*, coll. Studies in international and comparative criminal law, éd. Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 167.

²⁰⁹⁴ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) no 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (Euratom) n° 1074/1999, 17 mars 2011, COM(2011) 135 final, p. 4.

²⁰⁹⁵ Règlement 883/2013, art. 1 §5.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*

²⁰⁹⁷ Règlement 883/2013, art. 14.

²⁰⁹⁸ Règlement 883/2013, art. 7 §6.

802. Enfin, le règlement 883/2013 entend renforcer le rapprochement initié avec Europol et Eurojust, dont la base juridique reste incertaine, afin d'anticiper une éventuelle extension des responsabilités de ces derniers²⁰⁹⁹ par l'adoption de règlements sur le fondement des articles 85²¹⁰⁰ et 88²¹⁰¹ du TFUE. L'article 13 du règlement précité prévoit donc explicitement la possibilité de conclure des arrangements administratifs qui peuvent porter sur l'échange d'information opérationnelle, stratégique ou technique, y compris de données à caractère personnel et d'informations classifiées.

La relation effective avec Eurojust et Europol, qui a posé de nombreuses difficultés pratiques²¹⁰², reste difficile à évaluer. Les derniers rapports annuels de l'OLAF mettent en exergue les efforts pour identifier²¹⁰³ et traiter²¹⁰⁴ ensemble les dossiers qui présentent un intérêt commun. Toutefois, depuis 2013, aucun nouvel arrangement administratif n'a été conclu et seules des négociations avec Europol ont débuté²¹⁰⁵. En outre, le Comité économique et social européen (CESE) continue de recommander le renforcement de la coordination entre ces différents organes, laissant implicitement entendre que celle-ci n'est toujours pas satisfaisante²¹⁰⁶.

803. Dès lors, le législateur européen semble progressivement imposer la circulation de certaines informations. Le règlement 883/2013 prévoit désormais la transmission obligatoire et automatique d'informations au profit d'Eurojust soit lorsqu'elles relèvent

²⁰⁹⁹ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) no 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (Euratom) n° 1074/1999, 17 mars 2011, COM(2011) 135 final, p. 4.

²¹⁰⁰ TFUE (Lisbonne), art. 85 §1, al. 2 : « À cet égard, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, déterminent la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches d'Eurojust [...] ».

²¹⁰¹ TFUE (Lisbonne), art. 88 §2 : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, déterminent la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches d'Europol [...] ».

²¹⁰² V. *supra*, n° 786.

²¹⁰³ Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, p. 23

²¹⁰⁴ Rapport annuel de l'OLAF 2014, *Quinzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014*, 2015, p. 39.

²¹⁰⁵ Rapport annuel de l'OLAF 2014, *Quinzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014*, 2015 ; Rapport annuel de l'OLAF 2015, *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015*, 2016, pp. 22-23.

²¹⁰⁶ Avis du Comité économique et social européen sur les « Propositions visant à lutter contre la corruption dans l'Union européenne : prise en compte des préoccupations des entreprises et de la société civile - avis d'initiative », *JOUE C 13* du 15 janv. 2016, pp. 63-72, para. 1.9.1 ; v. égal. A. WEYEMBERGH, « The Development of Eurojust: Potential and Limitations of article 85 of the TFEU », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n° 1, 2011, p. 95.

du mandat de ce dernier et sont susceptibles de renforcer la coordination entre les autorités nationales répressives soit lorsqu'elles ont été transmises aux autorités compétentes des États membres et laissent supposer l'existence d'un acte de corruption ou de toute autre activité illégale PIF relevant de formes graves de criminalité. Aussi, les vérifications sur place ayant notamment pour objet de rechercher des irrégularités graves ou transnationales²¹⁰⁷, elles devraient fréquemment entraîner une information à destination d'Eurojust.

Dans le cadre de la réforme des organes européens chargés de faciliter la coopération judiciaire en matière pénale, la position de la Commission européenne relative au flux d'informations inverse, c'est-à-dire concernant les informations auxquelles l'OLAF peut accéder auprès d'Eurojust et Europol, peut apparaître incohérente. En effet, le règlement 2016/794²¹⁰⁸ du 11 mai 2016, relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol), crée un droit d'accès indirect aux données disponibles chez Europol fondé sur un système de « *concordance/non concordance* »²¹⁰⁹ (s'il existe une concordance entre les informations détenues par Europol et celles recherchées par l'OLAF, le système informe ce dernier, mais ne lui fournit aucun détail, à charge pour le propriétaire de l'information d'autoriser de manière casuistique cette transmission et d'en déterminer les modalités). Cette disposition a été initialement proposée par la Commission, qui avait d'ailleurs soumis l'idée d'un droit d'accès direct à certaines informations²¹¹⁰, mais supprimée par le Parlement européen qui estimait que l'article 88 TFUE²¹¹¹ ne prévoyait qu'une coordination avec Eurojust, mais non avec l'OLAF. Toutefois, la Commission européenne s'est opposée à cet amendement : « *il est important de permettre à l'OLAF d'accomplir ses tâches dans des domaines étroitement liés au mandat d'Europol, comme la fraude à la TVA ou aux accises ou la fraude portant sur les fonds de l'Union. Une coopération étroite entre ces deux organes est inscrite dans*

²¹⁰⁷ Règlement 2185/96, art. 2, al. 2.

²¹⁰⁸ 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 L 135 du 24 mai 2016, pp. 53-114.

²¹⁰⁹ En anglais : « *hit or no hit* ». V., Règlement 2016/794, art. 21.

²¹¹⁰ V. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération et la formation des services répressifs (Europol) et abrogeant les décisions 2009/371/JAI et 2005/681/JAI, COM(2013) 173 final.

²¹¹¹ TFUE (Lisbonne), art. 88 §2, point b : « Ces tâches peuvent comprendre [...] la coordination, l'organisation et la réalisation d'enquêtes et d'actions opérationnelles, menées conjointement avec les autorités compétentes des États membres ou dans le cadre d'équipes conjointes d'enquête, le cas échéant en liaison avec Eurojust ».

la base juridique récente de l'OLAF. Dès lors, ces amendements ne peuvent être acceptés »²¹¹². Le compromis évoqué ci-dessus semble finalement avoir été trouvé (accès indirect)²¹¹³.

Deux observations peuvent être formulées et permettent d'alimenter la réflexion autour de la réforme d'Eurojust. En premier lieu, cette nouvelle disposition n'est pas suffisante pour remplacer toutes les prévisions de l'arrangement administratif antérieur (accès d'Europol aux données de l'OLAF, informations spontanées, coopération dans les actions de formation, etc.). Le législateur européen semble pourtant avoir traité les arrangements administratifs et le système de concordance comme des alternatives. Il a ainsi supprimé toute référence explicite aux arrangements administratifs entre l'OLAF et Europol, alors que la commission parlementaire LIB qui s'était prononcée contre le système de concordance avait pris soin d'insérer un nouvel article 27 *bis* prévoyant explicitement la possibilité de conclure des arrangements administratifs. Le règlement 2016/794 prévoit, d'une manière générale, la possibilité pour Europol de conclure des arrangements de travail, mais ceux-ci ne peuvent inclure l'échange de données à caractère personnel²¹¹⁴. Or, cette disposition est contradictoire avec l'article 13 du règlement 883/2013 puisque les arrangements administratifs entre l'OLAF et Europol « peuvent porter sur l'échange d'information [...] y compris de données à caractère personnel et d'information classifiée »²¹¹⁵. Il semble possible d'avancer que le règlement 883/2013 doit ici s'appliquer. Tout d'abord, en application du principe *specialia generalibus derogant*, le texte spécial qui prévoit un arrangement administratif entre deux organes européens nommés doit primer sur les dispositions générales relatives à Europol. Ensuite, même s'il n'a pas de force obligatoire, un lien est explicitement établi dans le préambule du règlement 2016/794 : « Le règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil devrait s'appliquer à Europol »²¹¹⁶. Paradoxalement, l'asymétrie entre les bases juridiques, supprimée par le règlement 883/2013, est ici inversée : l'arrangement administratif actuel est fondé entièrement sur la « décision Europol » alors que tout nouvel arrangement sera probablement fondé sur le règlement applicable à l'OLAF.

²¹¹² Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière, 20 mai 2014, SP(2014) 446, 2013/0091 (COD), p. 3.

²¹¹³ L'ensemble des débats, notamment au Conseil, ne sont pas encore disponibles publiquement.

²¹¹⁴ Règlement 2016/794, art. 23 §1 et §4.

²¹¹⁵ Règlement 883/2013, art. 13 §1.

²¹¹⁶ Règlement 2016/794, Préambule, cons. 64.

En second lieu, la position défendue par la Commission européenne semble pouvoir être approuvée : la suppression du système de concordance sous couvert d'une lecture littérale de l'article 88 TFUE n'est pas cohérent avec la position du législateur européen dans le règlement 883/2013. Si l'échange indirect d'information ne peut être effectué par le biais d'un système de concordance, il ne devrait pas non plus pouvoir être organisé par le biais d'un arrangement administratif. En revanche, l'article 88 TFUE prévoit la coordination d'Europol « en liaison » avec Eurojust et pourrait être interprété comme limitant l'échange direct d'information à ce dernier. Aussi, la finalité répressive des enquêtes de l'OLAF et le but commun de protection des intérêts financiers devraient justifier l'échange d'informations opérationnelles entre les deux organes, dans le respect du droit des États membres de s'y opposer au cas par cas, par l'existence d'un intérêt commun à effectuer de manière efficace la mission confiée et éviter les doublons.

804. Un raisonnement similaire devrait pouvoir être tenu dans le cadre de la relation entre l'OLAF et Eurojust. Or, la Commission européenne n'adopte pas la même position dans sa proposition de règlement²¹¹⁷. Elle ne propose aucune évolution notable : l'OLAF peut toujours contribuer aux travaux de coordination d'Eurojust²¹¹⁸, les États doivent veiller à ce que les membres nationaux d'Eurojust soient considérés comme des autorités compétentes pour les besoins des enquêtes administratives²¹¹⁹ et Eurojust peut toujours conclure des arrangements administratifs avec l'OLAF²¹²⁰. Toutefois, le système de concordance reste limité à Europol. Pourtant, si l'absence de mention de l'OLAF à l'article 85 TFUE peut être regrettée²¹²¹, celle-ci ne devrait pas faire obstacle à un échange d'information avec Eurojust.

²¹¹⁷ 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 juill. 2013, COM(2013) 535 final.

²¹¹⁸ Décision 2009/426, art. 26 §4 ; COM(2013) 535 final, art. 42 §2.

²¹¹⁹ Décision 2009/426, art. 26 §5 ; COM(2013) 535 final, art. 42 §3.

²¹²⁰ Décision 2009/426, art. 26 §1, point b ; COM(2013) 535 final, art. 38 §1 et 43 §1.

²¹²¹ À ce propos, v. A. WEYEMBERGH, « The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 75-99, spéc. p. 86 : « *Finally, the question arises of ascertaining why the European Anti-Fraud Office (OLAF) is not mentioned here – or anywhere else in this Article 85. The question becomes even more relevant when the accent is placed, in the following sub-paragraph, on the protection of the EU's financial interests* » (nous soulignons) ; *ibid.*, spéc. p. 96 : « *As for relations between Eurojust and OLAF, a Practical Agreement on arrangements of cooperation has, indeed, recently been agreed but it too remains relatively limited. We are still a long way off a real European criminal system which organises relations between its various actors in a rational manner. Some efforts have been made in this direction, but there is still a great deal to be done before effectively bringing about the complementary nature of these European bodies* » (nous soulignons).

La proposition de la Commission pourrait s'expliquer par une prise en compte du repositionnement institutionnel de l'OLAF après l'instauration du procureur européen puisqu'elle prévoit une information directe au profit de ce dernier par le biais d'un système de concordance²¹²². Toutefois, tant que l'OLAF dispose de pouvoirs d'enquêtes à finalité répressive, une coordination renforcée avec Eurojust apparaît nécessaire.

805. À la lumière des éléments évoqués ci-dessus, la rationalisation des relations entre, d'une part, l'OLAF et, d'autre part, Europol et Eurojust ne semble pas aboutie. Même si des efforts ont été entrepris dans ce sens depuis 2013, la coordination effective repose encore largement sur les efforts consentis volontairement par ces entités.

²¹²² COM(2013) 535 final, art. 41 §5.

CONCLUSION GÉNÉRALE

806. D'un cadre juridique inadéquat, éparpillé et obsolète, la présente recherche a permis de mettre en lumière l'émergence d'une lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice scindée en deux mouvements distincts.

Le premier est celui d'une intégration supranationale réduite à un intérêt purement européen, la protection des intérêts financiers de l'UE. En cherchant à abandonner une logique intergouvernementale, il constitue donc le modèle d'un changement de paradigme dans la lutte contre la corruption. L'adoption projetée d'une nouvelle directive PIF permet d'entrevoir les nombreuses évolutions attendues (définition autonome de l'agent public, plus grande précision des seuils de sanctions, rationalisation des règles de compétence et harmonisation du régime de la prescription) ; elle ouvre la voie à un contrôle juridictionnel supranational des transpositions et à l'engagement de poursuites par un futur procureur européen remédiant au moins partiellement à l'absence de volonté politique dans l'effectivité de la répression au plan national. Pourtant, du point de vue de la lutte contre la corruption, ce mouvement est en lui-même insatisfaisant. Tout d'abord, la directive PIF comme le procureur européen restent des projets inaboutis : leur portée concrète est dès lors difficile à évaluer avec certitude. Ensuite, ces initiatives ne sont pas le signe d'une nouvelle volonté d'amplifier la lutte contre la corruption, mais le fruit d'une lente évolution, engagée dès le début des années deux-mille, et dont le centre de gravité est la fraude aux intérêts financiers de l'UE. Ces initiatives devraient donc apporter peu de réponses aux enjeux actuels, beaucoup plus larges, de la lutte contre la corruption.

Le second mouvement est encore plus préoccupant puisqu'il marque la volonté de l'Union européenne de n'être qu'un rouage supplémentaire, voire accessoire, dans la lutte contre la corruption transnationale. La politique anticorruption « globale » dégagée par la Commission s'articule en deux axes. Premièrement, la Commission entend soutenir les actions des États membres par une prise en compte accrue de la corruption tant dans ses politiques internes (coopération judiciaire et policière, récupération des avoirs, financement de formations, renforcement des capacités de détection, modernisation des règles relatives aux marchés publics, prévention, etc.) qu'externes (notamment dans sa politique de coopération et de développement avec un recours fréquent au principe de conditionnalité). L'Union n'a ici qu'un faible rôle d'impulsion, et se contente

essentiellement de faciliter les initiatives nationales. Deuxièmement, la mise en place d'un rapport anticorruption de l'UE est censée prolonger les initiatives internationales et stimuler la volonté politique, souvent inexistante, des États membres. Toutefois, dans sa réalisation actuelle, le rapport anticorruption de l'UE souffre de trop nombreuses lacunes (évaluations autonomes, évaluation quantitative, suivi des recommandations, etc.) pour exercer une pression verticale de l'Union vers les États membres. De surcroît, le recours au droit souple consacre le maintien de la méthode intergouvernementale dans la stratégie européenne.

807. Dès lors, les deux mondes peuvent-ils se rejoindre ? La présente thèse permet de souligner non seulement la nécessité d'une réorientation de la politique anticorruption de l'UE, mais, dans une dynamique prospective, d'en proposer les principales caractéristiques.

Dans un premier temps, l'adoption d'une directive relative à l'eurocrime de corruption, sur le fondement de l'article 83 paragraphe 1 du TFUE, apparaît indispensable. Celle-ci doit permettre de moderniser le cadre juridique existant (définition des sanctions, régime de la prescription, compétences, etc.), mais surtout de rationaliser les actions de l'Union dans un instrument unique. Dans cette optique, la nouvelle directive pourrait abroger les dispositions relatives à la corruption insérées dans la directive PIF. L'objectif serait de transférer l'ensemble de la réflexion relative à la lutte contre la corruption à la Direction Générale Justice et Affaires Intérieures de la Commission et de ne plus segmenter celle-ci en fonction de la politique européenne concernée. La nécessité de combattre sur des bases communes la corruption sous-entend également un champ d'application large d'une directive anticorruption : elle doit non seulement comprendre la corruption dans le secteur public et dans le secteur privé, mais également la corruption transnationale au-delà des frontières de l'Union européenne. Un tel changement de paradigme, d'une coopération intergouvernementale à une intégration supranationale, servirait alors de catalyseur à l'ensemble des actions de l'Union européenne.

Les efforts entrepris par les États membres pourraient alors être évalués par le biais du rapport anticorruption prolongé, en cas de mauvaise transposition, pas un recours manquement devant la Cour de Justice de l'UE. À cette fin, le rapport anticorruption doit être renforcé par une évaluation autonome des droits positifs européens, et non plus en agrégeant des sources externes, ainsi que par l'élaboration de statistiques criminelles comparables. Afin de ne pas entraîner de surcharge administrative excessive sur les États

membres, l'Union européenne pourrait alors centraliser l'ensemble des informations pertinentes et ainsi servir de relais pour les autres examens internationaux. Enfin, l'adhésion de l'UE au GRECO permettrait une évaluation objective des stratégies préventives mises en œuvre au sein des institutions, des organismes et des organes de l'UE.

Dans un deuxième temps, l'Union européenne semble être en position idéale pour négocier, au nom des États membres, et formaliser une application transnationale du principe *ne bis in idem* dans les affaires de corruption. Une telle sécurité juridique apparaît à la fois légitime au regard de l'internationalisation de la lutte contre la corruption et nécessaire pour encourager les entreprises à reconnaître les faits reprochés.

Enfin, dans un troisième temps, le Conseil européen pourra envisager, sur le fondement de l'article 86§4 du TFUE, l'extension des attributions du Parquet européen à la lutte contre la corruption. Le Parquet européen serait alors compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et les complices de corruption active et passive et ainsi de remédier directement à l'inaction des États membres. La lutte contre la corruption serait alors portée au sein d'un nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice et permettrait d'apporter une solution commune à la condamnation des entreprises européennes à l'étranger. Au-delà d'une réflexion purement économique, l'Union européenne s'affirmerait comme un contre-pouvoir susceptible de renforcer l'État de droit et la confiance mutuelle des États membres.

808. Le parcours effectué permet d'envisager de nouvelles pistes de réflexion afin de développer les futures orientations de la lutte contre la corruption.

Tout d'abord, la présente recherche a permis de faire état de la difficulté à s'accorder sur la sanction adéquate en matière de corruption. Dans la perspective d'une lutte européenne, il semble indispensable d'approfondir l'examen des mécanismes de poursuite et de sanction des infractions de corruption afin de mettre en exergue l'ensemble des enjeux en présence et éventuellement de proposer un modèle européen distinct.

Ensuite, les scandales financiers récents portent naturellement l'attention sur les lanceurs d'alerte. De nouveau, l'enjeu est international et la disparité entre les États membres de l'Union européenne invite à entreprendre une étude de droit comparé et à dessiner les contours, ou plutôt les limites, de la dénonciation dans un but d'intérêt général.

Enfin, la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français apparaît en décalage avec les exigences européennes. La difficulté à rapporter la preuve d'une participation directe des dirigeants dans la commission de certains faits de corruption invite à imaginer un nouveau modèle ou à introduire, sur le modèle anglais, une nouvelle infraction d'échec à prévenir la corruption.

ANNEXES

ANNEXE 1

LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE LA LUTTE ANTICORRUPTION

LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE LA LUTTE ANTICORRUPTION APPLICABLE À AU MOINS UN ÉTAT MEMBRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Instruments mondiaux

ONU

Convention des Nations Unies contre la corruption
9 décembre 2003

Convention contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales
17 décembre 1997

OCDE

Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (Chapitre VI)

Recommandations

Recommandation au développement sur les clauses anticorruption à intégrer dans les contrats relatifs aux marchés financiers par l'aide bilatérale (1996)

Recommandation sur la corruption et les crédits à l'exportation (2006)

Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers (2009)

Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (2009)

Instruments européens

Conseil de l'Europe

Protocole additionnel à la convention pénale
15 mai 2000

Convention pénale sur la corruption
27 janvier 1999

Convention civile sur la corruption
4 novembre 1999

Résolution portant sur les 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption
6 novembre 1997

Recommandations sur les codes de conduite pour les agents publics
11 mai 2000

Recommandations sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales
8 avril 2003

Secteur privé

Décision cadre relative à la lutte contre la corruption
22 juillet 2003

Secteur public

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des États membres de l'Union européenne
26 mai 1997

Union européenne

Convention sur la fraude fiscale aux intérêts financiers des Communautés européennes
26 juillet 1995

Premier Protocole
27 septembre 1996

Deuxième Protocole
19 juin 1997

Protocole CJCE
29 novembre 1996

Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal 2012/0193 (COD)

ANNEXE 2

OECD: U.K.'S BRIEFING ON TERMINATED BAE/SAUDI ARABIA. FOREIGN BRIBERY CASE TO THE WORKING GROUP ON BRIBERY, JANUARY 16, 2007

http://wikileaks.org/plusd/cables/07PARIS829_a.html



Canonical ID: 07PARIS829_a
Subject: OECD: U.K.'S BRIEFING ON TERMINATED BAE/SAUDI ARABIA
 FOREIGN BRIBERY CASE TO THE WORKING GROUP ON BRIBERY, JANUARY 16, 2007
From: France Paris
To: Argentina Buenos Aires, Brazil Brasilia, Bulgaria Sofia,
 Chile Santiago, Department of Commerce, Department of Justice, Estonia
 Tallinn, Organisation for Economic Co-operation and Development
 (Paris), Saudi Arabia Jeddah, Saudi Arabia Riyadh, Secretary of State,
 Slovenia Ljubljana
Original Classification: CONFIDENTIAL
Current Classification: CONFIDENTIAL
Previous Handling Restrictions: -- Not Assigned --
Archive Status: -- Not Assigned --
Type: TE
Locator: TEXT ONLINE
Reference(s): -- N/A or Blank --
Executive Order (E.O.): -- Not Assigned --
Markings: -- Not Assigned --
Enclosure: -- Not Assigned --
Concepts: -- Not Assigned --
TAGS: Corruption and Anti-Corruption [KCOR]
 Economic Affairs--Economic Conditions, Trends and Potential [ECON]
 Economic Affairs--Foreign Trade [ETRD]
 Economic Affairs--Investments; Foreign Investments [EINV]
 Organization for Economic Cooperation and Development [OECD]
 Political Affairs--External Political Relations [PREL]
Office: -- N/A or Blank --
Document Character Count: 19831
Date: 2007 March 5, 14:34 (Monday)

C O N F I D E N T I A L PARIS 000829

SIPDIS

STATE FOR EB/IFD/OMA, EUR/ERA, INL/C, L/LEI AND L/EB
 DOC FOR ITA/MAC/MTA/BARLOW, OGC/NICKERSON/MANSEAU
 DOJ FOR CRIMINAL DIVISION/FRAUD SECTION/MMENDELSON/JACOBSON
 USEU FOR MRICHARDS
 PASS TO US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION/ENFORCEMENT/RGRIME,
 INTL.AFFAIRS/TBEATTY

FROM USOECD

SIPDIS

E.O. 12958: DECL: 03/05/2012
 TAGS: KCOR, ECON, EINV, ETRD, PREL, OECD
 SUBJECT: OECD: U.K.'S BRIEFING ON TERMINATED BAE/SAUDI ARABIA
 FOREIGN BRIBERY CASE TO THE WORKING GROUP ON BRIBERY, JANUARY
 16, 2007

Classified By: CHARGE D'AFFAIRES CURTIS STONE FOR REASONS 1.5 (B

AND D)

1. (SBU) The January 16-18, 2007 meeting of the OECD Working Group on Bribery (WGB) included a separate session on January 16th devoted to the U.K.'s termination of an investigation into BAE plc and a defense contract with Saudi Arabia. A condensed readout of that session was included in an overall readout of the January WGB plenary meeting transmitted septel. A more comprehensive readout of the discussion is provided below.

U.K. BRIEFING

2. (C) The WGB's Acting Chair opened the discussion by observing that the termination of the investigation appeared to constitute a violation of the OECD Anti-bribery Convention. U.K. delegation head Jo Kuenssberg said the U.K. recognized the level of interest of WGB members in the case and stressed the need to respect the confidentiality of the information contained in the U.K.'s briefing, which elaborated on the written reply the U.K. had provided to the WGB on January 12 in response to the Chairman of the WGB's request for information. Kuenssberg noted that the case would be part of the written follow-up of the U.K.'s Phase 2 examination, scheduled for March, and commented that the U.K. delegation had not requested that the discussion of its decision to discontinue the BAE/Saudi Arabia be held in restricted session (closed to non-WGB members). Kuenssberg introduced members of the U.K. delegation, including Jonathan Jones, Private Secretary to the Attorney General (AG); from the Serious Fraud Office (SFO), Deputy Director Helen Garlick, Case Controller Matthew Cowie, and Tony Farris; and from the Ministry of Defense Police (MOD Police) Detective Superintendent Robert Allen.

3. (C) Garlick started by underscoring the U.K. delegation's willingness to answer as much as possible the questions of the WGB, bearing in mind pending litigation in the U.K. Garlick reported that SFO and MOD Police investigators had expended more than 2 million pounds sterling on the BAE investigations. She said on December 14, SFO Director Robert Wardle had decided to discontinue the joint SFO/MOD Police investigation based on his personal, independent judgment. Garlick then described four distinct parts of the BAE/Saudi Arabia investigation:

4. (C) First, the relationship between BAE plc and Prince Turki Bin Nasir: evidence indicated payments had been made by two subcontractors to Prince Turki, who, as Deputy Commander of the Royal Saudi Air Force during the involved period, was in a position to exert influence on the al-Yamamah contract. Payments fell into three time periods: before the implementation of the U.K.'s 2001 Act (effective February 14, 2002); during a transition period; and following full implementation of the Act. Evidence indicated that payments of up to 70 million pounds had been made to Prince Turki prior to implementation of 2001 Act. SFO had evidence indicating BAE had conspired to circumvent the 2001 Act and another 3 million pounds were paid to Turki following implementation;

5. (C) Second, payments made to BAE's overseas agents: evidence indicated that substantial payments were made by BAE through Poseidon Trading to marketing consultants employed at the behest of the Saudi government after implementation of the 2001 act, but no documents were produced to substantiate the provision of any genuine services by the consultants;

6. (C) Third, payments made under the al-Yamamah contract to an unnamed senior Saudi official: Garlick advised that in October 2005, the SFO had demanded BAE produce documents including payments related to the al-Yamamah contract. The company made representations to the AG on public interest grounds (political and economic considerations) as to why the investigation should

be halted. The AG undertook a Shawcross Exercise and sought representations from various British officials regarding the case. The SFO Director wanted to continue the investigation. On January 25, 2006, the AG agreed that there was no impediment to continuing the investigation. The SFO sought Swiss banking records regarding agents of BAE. The SFO found reasonable grounds that another very senior Saudi official was the recipient of BAE payments. The SFO was poised to travel to Switzerland in connection with its Mutual Legal Assistance (MLA) request when the decision to discontinue the investigation was made; and

7. (C) Fourth, potential fraud against the U.K.'s Export Credit Guarantee Department: the SFO investigated potential fraud against the EGCD and discovered false representations by BAE to conceal the corrupt dealings, which would constitute conspiracy to defraud under U.K. law.

8. (C) Garlick noted a number of difficult legal issues involved in the case, which put into question the sustainability of corruption charges for payments made prior to 2002. Under U.K. law, the informed consent of the principal to the agent's actions may be offered as a defense, making possible an exception to the prohibitions on foreign bribery where the individual receiving the bribe acts with the consent of the principal. Evidentiary problems were also presented in a case involving the Saudi absolute monarchy. Garlick said information was being shared within the British government with a view to the wholesale reform of UK law on corruption. She expressed concern that the BAE investigation had not concluded, but said while the Saudi Arabia case had been discontinued due to unusual/extraordinary circumstances, other investigations involving BAE activities in South Africa, Tanzania, Romania, Chile, and the Czech Republic continued.

9. (C) Jones cited public interest as the reason for discontinuation of the investigation, based on risks to international and national security and to the lives of U.K. citizens. He said the U.K. was not seeking to avoid giving

offense to another State or harming diplomatic relations with another State, and "still less" to avoid harming British commercial interests. Jones said U.K. authorities do not believe the Anti-bribery Convention requires parties to pursue cases if doing so would compromise the fight against terrorism or the safety of citizens. He said U.K.-Saudi cooperation was critical and that Saudi Arabia was the source of unique strains of intelligence on al-Qaida. If Saudi Arabia were to withdraw such cooperation, the UK would be deprived of a key source of information. Jones also cited UK-Saudi cooperation related to the Middle East Peace Process.

10. (C) Jones noted Britain had suffered one terrorist incident in July 2005 (London bombings) and other terrorism cases were under trial. He said the conviction of one suspect had occurred because of international cooperation. He noted the release of a report indicating 30 active terrorist plots in the U.K. and spoke of the real risk of terrorism at home and abroad. The SFO Director was advised of risks posed if the investigation were continued. Jones noted that if judicial review of the decision were brought, it would be defended. He said the U.K. remains fully committed to tackling international corruption and stated that the decision to discontinue the investigation was not a comfortable one. He asserted the decision was based on exceptional factors and did not set a precedent, commenting that other cases continue to be investigated. Jones said the U.K. accepts that the decision sends out a negative signal and the U.K. intends to redouble its efforts to tackle remaining cases.

WGB DISCUSSION

11. (C) As co-lead examiner of Britain's Phase 2 examination,

the Canadian delegation said Canada considered that prosecutorial discretion remains valid, and is not limited to a determination of sufficiency of the evidence, but also of public interest. She noted the U.K. Phase 2 report identified specific concerns regarding the U.K.'s definition of public interest (e.g. failure to exclude national economic interest or impact of relations with another State) and concerns regarding obstacles to the U.K.'s ability to start investigations of the foreign bribery offense. The Canadian delegation said nothing in the U.K.'s explanation answered these concerns. Garlick responded that prosecutorial discretion includes public interest and is guided by the Code of Crown Prosecutors, which lists matters which prosecutors may take into account in determining whether to bring prosecution. She said the list is merely guidance and does not include specific reference to obligations under the OECD Anti-Bribery Convention. She noted that in a prosecution under the common law bribery offense, with its broader definitions, the prosecutor would not face the obstacle involving the principal-agent issue, but would still have to consider the public interest.

12. (C) As co-lead examiner, the French delegation highlighted the Secretary General's comment that it was an important time in the life of the Convention. They noted that the systemic nature of the current case may impact future WGB work. The French del criticized the U.K.'s apparent limitation of what could be subject to prosecution (payments made before 2001), noting the issue was raised in the U.K.'s Phase 2 examination, and questioned the material nature of the cited national security grounds. The French del stressed that Article 5 of the Convention prohibits consideration of the impact on relations with another State in decisions regarding enforcement, questioned what safeguards were available to assess invocations of national security, and highlighted the impact of such a decision on reciprocal commitments under the Convention. The French delegation enquired further about the procedure used in this case, the identity of the real author of the decision, the scope of the AG review, and responsibility for assessing the public interest. The delegation sought to clarify conditions under which a decision may be reached independently, the impact of representations of ministers and technical experts on that decision, and British industry views regarding the risks posed to cooperation by continuation of the investigation. The French delegation also noted its interest in considering a Phase 2 bis examination (a second on-site evaluation of a country whose implementation of the Convention has appeared to be inadequate in practice) of the U.K. following discussions of the U.K.'s written Phase 2 follow-up report in March.

13. (C) Following the Acting Chair's statement that the U.K. had conceded that considerations involving relations with another state appeared to constitute a breach of Article 5 of the convention, the UK delegation objected and stated that it did not accept that there was a breach of Article 5 in this case. The U.S. delegation took note of the experience and professionalism of U.K. delegation members. The US del inquired into what appeared to be inconsistent accounts relating to differences in views of the SFO Director and Attorney General regarding the merits of the case, reports alleging British intelligence agencies had not joined the government's assessment that the case raised national and international security interests, and whether the SFO could provide WGB members with assurances that BAE would not continue to make corrupt payments to senior Saudi officials. Garlick responded that it was her belief that SFO Director Wardle had given no credence to claims of commercial interests, jobs, or to diplomatic relations, but had been prompted solely by his belief, based on the representations of various government officials, that British lives and the lives of other nationals would be put at risk by continuing the investigation. She conceded that given the investigation was terminated before charges were brought and a

conviction obtained, there were "unpalatable economic and commercial results that will have to be resolved in another forum." She said it was an unfortunate result of a decision

taken properly. Jones said there were shades of difference between the views of the AG and the SFO Director and that the AG doubted the prosecution's ability to overcome the legal hurdle regarding the principal-agent issue. In the end, Jones contended, the decision had been based on public interest considerations, rather than an assessment about the sufficiency of the evidence. Jones said press accounts reporting MI6's disagreement about the presence of national security interests in the case were incorrect and asserted that all intelligence agencies in the U.K. had agreed to the government's account finding national and international security risks present in the case.

14. (C) The Italian delegation commented that it was important that the WGB understood whether the decision to discontinue the investigation was based on specific information regarding the safety and security of the U.K. The Acting Chair questioned whether all international obligations should be read to imply a national security exception. If so, she questioned who would determine such an exception was merited and what safeguards existed to ensure the exception was not raised without merit. She speculated that any such exception would be invoked frequently. She questioned whether the case should be viewed as one of necessity requiring exceptional measures and commented that it was not in the interest of the WGB or of the U.K. to be seen throwing the Convention out the window. She noted the March WGB meeting would include a review of institutional issues that may have influenced the U.K. decision.

15. (C) Secretariat Legal advisor Niccola Bonucci noted the SFO statement did not mention that no weight had been given to the potential effects on relations with another State or the identity of legal or natural persons involved, as prohibited by Article 5 of the Convention. Garlick said she wished the SFO statement had made reference that the SFO had not considered relations with another State in reaching the decision to discontinue the investigation. She asserted that severance of diplomatic ties was never a consideration for the SFO Director. Bonucci questioned whether paragraph 10 of the U.K. delegation's written statement of January 12 regarding UK/Saudi security, intelligence and diplomatic cooperation could be distinguished from the consideration of relations with another State prohibited by Article 5. Garlick replied that the SFO drew a clear line between diplomatic cooperation generally vs. diplomatic cooperation affecting national and international security. Bonucci asked whether the U.K. had taken into account the Commentary to Article 5, which stresses prosecutors' professional judgment regarding enforcement decisions and that such determination not be subject to improper influence prompted by concerns of a political nature. Garlick noted Director Wardle's three meetings with the U.K. ambassador to Saudi Arabia, who had a unique perspective regarding consequences of continuing the investigation, had a profound effect on his views.

16. (C) The Australian delegation stated that it fully supported proper prosecutorial discretion and considered valid a distinction between relations with another State and national and international security interests. The U.S. delegation commented that it was not appropriate at this juncture to conclude that Article 5 does not contemplate the proper invocation of national security interests. The WGB would hear more about the U.K. system of implementation of the Convention and this particular case in the context of the U.K.'s follow-up written review in March. As such, it appeared inappropriate to end consideration of the case prior to that further discussion or to conclude now that the case was exceptional. The Acting

Chair acknowledged that further discussion of continuing questions required follow-up. The French delegation supported the U.S. statement and reiterated continued concerns regarding the U.K.'s position on prosecution of corrupt payments made prior to 2001 and the apparent consideration of the impact of diplomatic relations with another State, clearly proscribed by Article 5. The French del requested more complete answers by the U.K. del to questions posed by the Secretariat's Legal staff and argued that the WGB should not bring the discussion to a premature end. What one party considers an exceptional security interest today may be raised by another party in the future. The WGB would need to define the limits of a national or international security interest and it was essential that this discussion continue in March.

17. (C) The Acting Chair noted that experience gained from this case should be taken into account in revising anti-bribery instruments, including the Revised Recommendation. She added that at the next meeting, the WGB would consider all possible appropriate actions, including a Phase 2 bis examination, if additional questions regarding the U.K.'s implementation of the Convention remained. The Acting Chair noted that the Management Group would draft a written press statement for the Working Group's consideration. The Canadian delegation expressed concern about procedures used in recent actions taken by the Chair, including issuance of press statements. While the statement of the Chair may be made in his personal capacity, he should not characterize it as reflecting the position of WGB members.

18. (C) During a subsequent discussion of the press statement, several other delegations commented on the U.K.'s action in this case. The Italian delegation remarked that the U.K. decision seemed to be exclusively supported by economic interests. The Chilean delegation commented on the gulf between the U.K.'s actions and the Convention. The Norwegian delegation underscored the WGB's mandate to monitor implementation of the Convention. The Netherlands, U.S., Canada, France, Switzerland, Spain, Sweden, Chile, Italy, Norway, Greece, Estonia and Argentina joined a WGB consensus that the case raised serious

concerns and should be considered further in March in the context of the U.K. written follow-up review of its Phase 2 examination. They agreed that a clear public statement expressing this view, without disclosing confidential information, was necessary to maintain credibility. The German delegation joined consensus regarding concerns raised by the case and the need for confidentiality, and suggested, but did not receive support for, a weaker public statement. The Australian delegation stressed the need for further discussion of the national security issue and that the WGB had not yet reached any decision in the case, but did not block consensus on issuance of the public statement, despite an attempt by the U.K. to weaken the draft statement. A WGB public statement on the matter was issued on January 18, 2007 and posted on the OECD website.

STONE

ANNEXE 3**SETTLEMENT AGREEMENT BETWEEN THE SERIOUS FRAUD OFFICE AND BAE SYSTEM (1) – February 2010****Settlement Agreement between the Serious Fraud Office and BAE Systems plc**

Dated February 2010

1. This is an agreement between the Serious Fraud Office (SFO) and BAE Systems plc (Company). In this agreement BAE Systems Group means BAE Systems plc and all of its subsidiaries and affiliated companies.
2. The Company shall plead guilty to a charge in the form attached of one count under section 221 Companies Act 1985.
3. The basis of plea in relation to that charge shall be in the form attached. The Company shall admit the facts set out therein and enter a plea in mitigation. The SFO will provide a copy of its opening note by 19 February 2010.
4. The fine for the offence admitted shall be imposed by the Court.
5. The Company shall make an ex gratia payment for the benefit of the people of Tanzania in a manner to be agreed between the SFO and the Company. The amount of the payment shall be £30 million less any financial orders imposed by the Court.
6. The SFO shall not prosecute any person in relation to conduct other than conduct connected with the Czech Republic or Hungary.
7. The SFO shall forthwith terminate all its investigations into the BAE Systems Group.
8. There shall be no further investigation or prosecutions of any member of the BAE Systems Group for any conduct preceding 5 February 2010.
9. There shall be no civil proceedings against any member of the BAE Systems Group in relation to any matters investigated by the SFO.
10. No member of the BAE Systems Group shall be named as, or alleged to be, an unindicted co-conspirator or in any other capacity in any prosecution the SFO may bring against any other party.
11. The SFO and the Company shall each issue a press release in the form attached.
12. This agreement shall be governed by and construed in accordance with English law. The parties submit to the exclusive jurisdiction of the English courts.

Richard Alderson
.....

For and on behalf of the Serious Fraud Office

Philip Bramwell
.....

PHILIP BRAMWELL
For and on behalf of BAE Systems plc

CONFIDENTIAL

DRAFT BASIS OF PLEA

1. INTRODUCTION

- 1.1 BAE Systems plc ("BAE plc" or the "Company") is a publicly-owned company.
- 1.2 Its recent predecessor, British Aerospace, was a statutory corporation established under the Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977 to acquire by nationalisation the UK's principal aircraft manufacturing and guided missile companies. British Aerospace was sold out of government ownership pursuant to the British Aerospace Act 1980, and became a public company, British Aerospace plc, on 1 January 1981. In 1999, British Aerospace plc acquired Marconi Electronic Systems, part of The General Electric Company plc, and in 2000 changed its name to BAE Systems plc.
- 1.3 The Company acts principally as a holding company for the BAE Systems group of companies. The Company's operational activities are conducted by subsidiary companies located principally in the UK, the US, Australia, the Kingdom of Saudi Arabia, Sweden and South Africa. The Company's business and affairs are managed by a Board of Directors, which currently consists of three executive directors and nine non-executive directors.
- 1.4 The BAE Systems group is a leading global defence, security, and aerospace business delivering a full range of products and services for air, land, and naval forces, as well as advanced electronics, security, information technology solutions and customer support services. The group currently has approximately 105,000 employees, and it is the world's second largest defence company based on 2008 revenues.
- 1.5 In the year to 31 December 2008, the revenue of the group was £18.54bn and profit after tax was £1.768bn.

2. SFO INVESTIGATION OF BAE PLC

- 2.1 The Serious Fraud Office commenced its investigation into BAE plc in July 2004. The SFO has investigated a number of issues as part of that investigation.
- 2.2 One of the transactions that the SFO has investigated is the sale of a radar system to the Government of Tanzania (the Radar Contract). As part of this SFO's investigation into the Radar Contract, it has reviewed many thousands of documents and interviewed a number of individuals. It has also had assistance from the Tanzanian authorities.
- 2.3 A summarised chronology of that sale is set out below.

3. TANZANIAN RADAR CONTRACT

- 3.1 Negotiations in relation to the Radar Contract between the Government of Tanzania and Siemens Plessey Electronic Systems Ltd started in 1992. At that time, Siemens Plessey Electronic Systems Ltd was not a BAE Systems subsidiary but part of the Siemens Plessey group of companies.
- 3.2 A contract was signed between the Government of Tanzania and Siemens Plessey Electronic Systems Ltd (still a Siemens Plessey company) on 11 September 1997 with a price of US\$88m. This contract did not become effective because certain conditions precedent, particularly relating to finance, were not satisfied. As a result, negotiations over the terms of the sale continued.
- 3.3 In October/November 1997, the BAE Systems group acquired the UK operations of Siemens Plessey Systems. This acquisition was completed in spring 1998. As part of this acquisition, the BAE

CONFIDENTIAL

Systems group acquired Siemens Plessey Electronic Systems Ltd. In April 1998, Siemens Plessey Electronic Systems Ltd was renamed British Aerospace Defence Systems Ltd.

- 3.4 On 10 September 1999, a new contract for the sale was signed between the Government of Tanzania and British Aerospace Defence Systems Ltd with a price of US\$39.97m.

4. ALLEGED OFFENCE

- 4.1 From the outset of the negotiations, Siemens Plessey Electronic Systems Ltd had retained a third party marketing adviser, Shailesh Vithlani ("Vithlani") in Tanzania to assist with the negotiation and sale process. The agreement was between Vithlani personally and a Siemens Plessey subsidiary, Plessey Systems Export SA.
- 4.2 Following the acquisition of Siemens Plessey Electronic Systems Ltd by the BAE Systems group, in spring 1998, the BAE Systems group also engaged Vithlani as a marketing adviser. From October 1999, the written engagement was between two companies controlled by BAE plc and two companies controlled by Vithlani called Merlin International Ltd (Merlin) and Envers Trading Corporation (Envers). Merlin was a Tanzanian company and Envers was incorporated offshore. Under these arrangements, Merlin was to receive 1% of the Radar Contract price and Envers was to receive 30% of the Radar Contract price. The appointment of Merlin and Envers was approved by senior BAE employees.
- 4.3 After signature of the Radar Contract, payments of approximately \$12.4 million were made to Merlin and Envers.
- 4.4 These payments were recorded in accounting records of British Aerospace Defence Systems Ltd as payments for the provision of technical services by Vithlani.
- 4.5 Although it is not alleged that BAE plc was party to an agreement to corrupt, there was a high probability that part of the \$12.4 million would be used in the negotiation process to favour British Aerospace Defence Systems Ltd. The payments were not subjected to proper or adequate internal scrutiny and review. Further, British Aerospace Defence Systems Ltd maintained inadequate information to determine the value for money offered by Vithlani and entities controlled by him.
- 4.6 The case is that the financial position of British Aerospace Defence Systems Ltd was not stated with reasonable accuracy, since it was not possible for any person considering the accounts to investigate and determine whether the payments were properly accounted for and were lawful. The failure to record the services accurately was the result of a deliberate decision by one or more officers of British Aerospace Defence Systems Ltd. In the circumstances in which the British Aerospace Defence Systems Ltd business was carried out, this default was inexcusable. An offence under s221 of the Companies Act 1985, in particular section 221(1)(a) was therefore committed. This section has now been repealed but has been retained for financial years beginning before 6 April 2008 by virtue of Schedule 4, paragraph 6 of the Companies Act 2006 (Commencement No 5) (Transitional Provisions and Savings) Order 2007.
- 4.7 It is not known who at British Aerospace Defence Systems Ltd was responsible for creating the relevant inaccurate accounting records or for the commission of the offence. However, it was known by BAE plc that such inaccurate accounting records were in existence and BAE plc failed to scrutinise them adequately to ensure that they were reasonably accurate and permitted them to remain uncorrected. BAE plc is therefore also guilty of a section 221(1)(a) offence.

CONFIDENTIAL

5. BAE PLC'S COMPLIANCE POLICIES

- 5.1 The SFO has been informed that BAE plc has undertaken wide-ranging measures to ensure that proper scrutiny of payments to marketing advisers is undertaken in all cases and proper records maintained.

6. CONCLUSION

- 6.1 The SFO is of the view, following its lengthy investigation, that it is appropriate to prosecute BAE plc in accordance with the limits of this Basis of Plea document. Careful consideration has been given by the Director of the SFO to this case. In the light of the admissions made in this document; the admissions made by BAE plc in the United States of America; and the features of remediation that will be explained to the court, the Director of the SFO has taken the view that it is in the public interest that BAE plc should be prosecuted on this basis. Suitably redacted copies of the Department of Justice Information and Factual Basis documents are appended to this Basis of Plea.

ANNEXE 4**SETTLEMENT AGREEMENT BETWEEN THE SERIOUS FRAUD OFFICE AND BAE SYSTEMS (2) – December 2010**

Case No: S2010565

IN THE CROWN COURT AT SOUTHWARK

1 English Grounds
(off Battlebridge Lane)
Southwark London
England
SE1 2HU

Date: 21/12/2010

Before :

MR. JUSTICE BEAN

Between :

R
- and -
BAE SYSTEMS PLC

R V BAE SYSTEMS PLC

Mr. Justice Bean :

1. On 23rd November 2010 at the City of Westminster Magistrates Court. BAE Systems PLC (“the Company”) pleaded guilty to one offence of failing to keep accounting records “sufficient to show and explain the transactions of the company” contrary to Section 221 of the Companies Act 1985. District Judge Tubbs committed the case to the Crown Court for sentence.
2. The laying of the information on 5th November 2010 came after a Settlement Agreement between the Company and the Serious Fraud Office. This provided, so far as material, as follows:-
 - 2) The Company shall plead guilty to a charge in the form attached of one count under section 221 Companies Act 1985.
 - 3) The basis of plea in relation to that charge shall be in the form attached. The Company shall admit the facts set out therein and enter a plea in mitigation. The SFO will provide a copy of its opening note by 19 February 2010.
 - 4) The fine for the offence admitted shall be imposed by the Court.
 - 5) The Company shall make an ex gratia payment for the benefit of the people of Tanzania in a manner to be agreed between the SFO and the Company. The amount of the payment shall be £30 million less any financial orders imposed by the Court.
 - 6) The SFO shall not prosecute any person in relation to conduct other than conduct connected with the Czech Republic or Hungary.

- 7) The SFO shall forthwith terminate all its investigations into the BAE Systems Group.
- 8) There shall be no further investigation or prosecutions of any member of the BAE Systems Group for any conduct preceding 5 February 2010.
- 9) There shall be no civil proceedings against any member of the BAE Systems Group in relation to any matters investigated by the SFO.
- 10) No member of the BAE Systems Group shall be named as, or alleged to be, an unindicted co-conspirator or in any other capacity in any prosecution the SFO may bring against any other party.

3. The basis of plea attached to the Settlement Agreement included the following:-

“2.1 The SFO commences its investigation into BAE Plc in July 2004. The SFO has investigated a number of issues as part of that investigation.”

2.2 One of the transactions that the SFO has investigated is the sale of a radar system to the government of Tanzania, (the radar contract)...

3.4 On 10 September 1999 a new contract for the sale was signed between the government of Tanzania and British Aerospace Defence Systems Limited with a price of \$39.97m.

4.1 From the outset of the negotiations, Siemens Plessey Electronic Systems Ltd had retained a third party marketing advisor, Shailesh Vithlani ("Vithlani") in Tanzania to assist with the negotiation and sale process. The agreement was between Vithlani personally and a Siemens Plessey subsidiary, Plessey Systems Export SA.

4.2 Following the acquisition of Siemens Plessey Electronic Systems Ltd by the BAE Systems group, in spring 1998, the BAE Systems group also engaged Vithlani as a marketing advisor. From October 1999, the written agreement was between two companies controlled by BAE plc and two companies controlled by Vithlani called Merlin International Ltd (Merlin) and Envers Trading Corporation (Envers). Merlin was a Tanzanian company and Envers was incorporated offshore. Under these arrangements, Merlin was to receive 1% of the Radar Contract price and Envers was to receive 30% of the Radar Contract price. The appointment of Merlin and Envers was approved by senior BAE employees.

4.3 After signature of the Radar Contract, payments of approximately \$12.4 million were made to Merlin and Envers. [I interpose that in the case of Envers, payments were made by Red Diamond Trading Ltd, a company registered in the British Virgin Islands and controlled by the Defendants.]

4.4 These payments were recorded in accounting records of British Aerospace Defence Systems Ltd as payments for the provision of technical services by Vithlani.

4.5 Although it is not alleged that BAE plc was party to an agreement to corrupt, there was a high probability that part of the \$12.4 million would be used in the negotiation process to favour British Aerospace Defence Systems Ltd. The payments were not subjected to proper or adequate scrutiny or review. Further, British Aerospace Defence Systems Ltd maintained inadequate information to determine the value for money offered by Vithlani and entities controlled by him.

4.6 The case is that the financial position of British Aerospace Defence Systems Ltd was not stated with reasonable accuracy, since it was not possible for any person considering the accounts to investigate and determine whether the payments were properly accounted for and were lawful. The failure to record the services accurately was the result of a deliberate decision by one or more officers of British Aerospace Defence Systems Ltd. In the circumstances in which the British

Aerospace Defence Systems Ltd was carried out, this default was inexcusable.

4.7 It is not known who at British Aerospace Defence Systems Ltd was responsible for creating the relevant inaccurate accounting records or for the commission of the offence. However, it was known by BAE plc that such inaccurate accounting records were in existence and BAE plc failed to scrutinise them adequately to ensure that they were reasonably accurate and permitted them to remain uncorrected. BAE plc is therefore also guilty of a section 221(1)(a) offence."

4. The form of words in paragraph 4.5 of the basis of plea echoes paragraph 29 of the information laid against BAE by the United States Department of Justice. This alleged that "BAES paid payments to certain advisors through offshore shell companies, even though in certain situations there was a high probability that part of the payments would be used in order to ensure that BAES was favored in the foreign government decisions regarding the sales of defense articles".

The Settlement Agreement

5. The Settlement Agreement is, with respect, loosely and perhaps hastily drafted. In paragraph 6 “any person” is not defined, and paragraph 10 is not, at least expressly, confined to conduct preceding the agreement. But the heart of the matter is paragraph 8, whereby the SFO agreed that there would be “no further investigation or prosecutions of any member of the BAE Systems Group for any conduct preceding 5 February 2010.” It is relatively common for a prosecuting authority to agree not to prosecute a defendant in respect of specified crimes which are admitted and listed in the agreement: this is done, for example, where the defendant is an informer who will give important evidence against co-defendants. But I am surprised to find a prosecutor granting a blanket indemnity for all offences committed in the past, whether disclosed or otherwise. The US Department of Justice did not do so in this case: it agreed not to prosecute further for past offences which had been disclosed to it.
 6. I have no power to vary or set aside the Settlement Agreement. Indeed, an attempt by the pressure group Campaign Against the Arms Trade to challenge it by way of judicial review, arguing that the SFO should have brought corruption charges, was rejected by Mr Justice Collins on 24 March 2010. The judge held that it was not arguable that the decision to limit the charge to one under s 221 was unlawful.
 7. I also cannot sentence for an offence which the prosecution has chosen not to charge. There is no charge of conspiracy to corrupt, nor of false accounting contrary to section 17 of the Theft Act 1968. More obviously still, the Court does not decide who should be prosecuted. Although in opening the case for the SFO Mr Victor Temple QC submitted that the default by BAEDS, authorised by its parent company BAE Systems plc, “was the result of a deliberate decision by one or more officers” of BAEDS, and the reappointment of Mr Vithlani in November 1998 was approved personally by the chairman of BAE, no individual has been charged.
- R V BAE SYSTEMS PLC
8. The basis of plea records in paragraph 4.5 that “although it is not alleged that BAE plc was party to an agreement to corrupt, there was a high probability that part of the \$12.4m would be used in the negotiation process to favour BAEDS”. Indeed there was. Otherwise, it is inexplicable, on the material before me, why the payments to Mr Vithlani’s companies exceeded \$12m; and even more inexplicable why 97% of that money should have been channelled via Red Diamond, an offshore company controlled by BAE, and paid to Envers, another offshore company controlled by Mr Vithlani.
 9. That being so, I was astonished to find that the prosecution opening, after citing paragraph 4.5 of the basis of plea, went on:

“Accordingly, BAE has accepted that there was a high probability that the payments to Vithlani were intended to compensate him for work done in seeking to persuade relevant persons to favour BAEDS in respect of the radar project. It is not now possible to establish precisely what Vithlani did with the money that was paid to him. However, it is no part of the Crown’s case that any part of those payments were in fact improperly used in the negotiation process to favour BAEDS nor is it any part of the Crown’s case that BAE was party to any agreement to corrupt. To lobby is one thing, to corrupt another.”

10. I accept the second of these four sentences, namely that it is not now possible to establish precisely what Mr Vithlani did with the money that was paid to him. But on the basis of the documents shown to me it seems naïve in the extreme to think that Mr Vithlani was simply a well-paid lobbyist.
11. I also accept that there is no evidence that BAE was party to an agreement to corrupt. They did not wish to be, and did not need to be. The fact that money was paid by them to Red Diamond, by Red Diamond to Envers and by Envers to Mr Vithlani placed them at two or three removes from any shady activity by Mr. Vithlani.
12. In any event, the suggestion that Mr. Vithlani was merely a well paid lobbyist using his valuable time to hold legitimate meetings with decision-makers in Tanzania with no money changing hands is inconsistent, in my view, with the wording of the basis of plea that “there was a high probability that part of the \$12.4m would be used in the negotiation process to favour BAEDS”.
13. The Consolidated Criminal Practice Direction section IV.45 and the decision of the Court of Appeal in *R v Underwood [2004] EWCA Crim 2256* establish that whether or not pleas have been agreed the judge is not bound by any such agreement, and that any view formed by the prosecution on a proposed basis of plea is deemed to be conditional of the Judge’s acceptance of the basis of plea. Once the criminal courts are involved, sentence cannot be passed on an artificial basis. I accept the basis of plea itself. I remind myself that were I to hold a *Newton* hearing the criminal burden and standard of proof would apply. However, I indicated that I could not, without hearing evidence, accept any interpretation of the basis of plea which suggested that what BAE were concealing by the Section 221 offence was merely a series of payments to an expensive lobbyist. Such evidence might, for example, have involved witnesses who could testify, if it really is the case, that legitimate lobbyists could be paid 30% of the value of a \$40 million contract simply as recompense for their time and trouble. Neither side sought to call evidence, although I indicated that I was prepared to grant an adjournment for them to do so.
14. I asked Mr. Temple what should have been in the accounting records instead of the phrase “provision of technical services”. He replied that something along the lines of “public relations and marketing services” would have been a more accurate description. If that had been a true and accurate description of the services which Mr. Vithlani was going to provide then I question whether it would have been appropriate to prosecute at all. Certainly the s 221 offence would have been suitable for being sentenced in the magistrates’ court. I would myself have imposed a fine of at most £5,000.
15. I therefore propose to sentence on the basis that by describing the payments in their accounting records as being for the provision of “technical services” the Defendants were concealing from the auditors and ultimately the public the fact that they were making payments to Mr Vithlani, 97% of them via two offshore companies, with the intention that he should have free rein to make such payments to such people as he thought fit in order to secure the Radar Contract for the defendants, but that the defendants did not want to know the details.

16. For the defendants Mr. David Perry QC made some important points in mitigation:
- 1) The company is charged with a single offence, not stated to be a specimen charge (though it continued for a 7 year period).
 - 2) The Defendant cannot be sentenced for an offence, such as conspiracy to corrupt, which it has not admitted.
 - 3) The company was prosecuted and fined the sum of \$400m in the United States for offences in countries other than Tanzania.
 - 4) The period over which the offence took place ended in December 2005. In 2007, by which time the SFO had been investigating the BAE Group's affairs for some time, the company appointed a distinguished committee chaired by Lord Woolf, the former Lord Chief Justice, to identify the high ethical standards to which a global company should adhere, identify the extent to which BAE may currently meet these standards and recommend the action that BAE should take to achieve them. The committee reported in May 2008. The BAE Code of Conduct, which has been in effect since January 2009, now states that "we will not make facilitation payments and will seek to eliminate the practice in countries in which we do business".
 - 5) Both Mr. Temple and Mr. Perry emphasised the significance of the voluntary reparation which the company agreed to make "for the benefit of the people of Tanzania" as part of the settlement agreement. This payment will be £30 million, less any financial orders imposed by the Court". The victims of this way of obtaining business, if I have correctly analysed it, are not the people of the UK, but the people of Tanzania. The airport at Dar-es-Salaam could no doubt have had a new radar system for a good deal less than \$40million if

\$12million had not been paid to Mr. Vithlani. The structure of this Settlement Agreement places moral pressure on the Court to keep the fine to a minimum so that the reparation is kept at a maximum.

17. I have no power in this case to order confiscation or compensation.
18. Both Mr Temple and Mr Perry have decades of experience at the Criminal Bar. Neither of them was able to point me to any previous decision on the proper sentence for a case of this kind under s 221. Perhaps this is because there has never been one.
19. Taking the mitigating factors identified by Mr Perry into account I consider that the appropriate fine is £ 500,000. In addition, by consent, I order the Defendants to pay £225,000 towards the prosecution's costs.

BIBLIOGRAPHIE

- OUVRAGES

A. Ouvrages généraux

- BOULOC B., *Droit pénal général*, coll. Précis Droit privé, 23ème éd., Dalloz, 2013, 768 p.
- BOURSIER M.-E., *Droit pénal des affaires internationales*, Joly éditions, co. Les précisions Joly, 2016, 656 p.
- CHAUVEAU AD., HÉLIE F., *Théorie du Code pénal*, Tome premier, éd. Méline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1845, p. 510.
- DREYER E., *Droit pénal général*, 3ème éd., Lexis Nexis, 2014, 1326 p.
- DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, coll. Précis Droit public – Science politique, 11ème éd., Dalloz, 2012, 960 p.
- FLORE D., *Droit pénal européen : Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 1^{ère} éd., Larcier, Bruxelles, 2009, 663 p.
- FLORE D., BOSLY S., *Droit pénal européen : Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. Europe(s), 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 2014, 844 p.
- HUET A., KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, 3ème éd., PUF, 2005, 510 p.
- LE BARON LOCRIÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tome Trentième, 1832, 542 p.
- LOMBOIS C., *Droit pénal général*, coll. Les fondamentaux, éd. Hachette, 1994, 160 p.
- MITSOLEGAS V., *EU Criminal Law*, éd. Hart Publishing, Oxford et Portland, 2009, 306 p.
- MITSOLEGAS V., BERGSTRÖM, M., KONSTADINIDES T., (dir.), *Research Handbook on EU Criminal law*, coll. Research Handbooks in European Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2016, 672 p.
- PRADEL J., CORSTENS, G., VERMEULEN G., *Droit pénal européen*, coll. Précis Droit privé, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2009, 834 p.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, coll. Précis Droit privé, 7ème édition, Dalloz, 2014, 1312 p.

- REBUT D., *Droit pénal international*, coll. Précis, 2ème éd., n° 88, Dalloz, 2014, 712 p.
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, 1021 p.
- SATZGER H., *International and European Criminal Law*, C. H. Beck Hart publ. Nomos, Baden-Baden, 2012, 301 p.
- SEBIRE, CARTERET, *Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale*, Tome sixième, éd. Videcoq Père et fils, Paris, 1846, 445 p.
- MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel- Droit pénal spécial*, Tome 1, éd. Cujas, Paris, 1981, 996 p.

B. Dictionnaires

- BERTONCINI Y., CHOPIN T., DULPHY A., KAHN S., MANIGAND C. (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, A. Colin, Paris, 2008, 494 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016, 1152 p.
- LE RAT DE MAGNITOT A., HUARD D., *Dictionnaire de droit public et administratif*, Tome premier, éd. Joubert, Paris, 1841, p. 334
- Glossaire de l'OCDE, Corruption. Glossaire des normes pénales internationales, OECD Publishing, Paris, 2008 : « abuse of public or private office for personal gain ».
- ROLAND H., *Lexique juridique des expressions latines*, 6ème éd., Lexis Nexis, 2014, 450 p.

C. Ouvrages spéciaux, collectifs, colloques, mélanges

- ALT E., LUC I., *L'esprit de corruption*, coll. Documents, Le Bord de l'eau, Lormont, 2012, 161 p.
- ARNONE N., BORLINI L. S., *Corruption : Economic Analysis and International Law*, éd. Edward Elgar Publishing, 2014, 648 p.
- BACHOUÉ PEDROUZO G., *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne*, Préf. H. Labayle, coll. des Thèses, éd. Institut Universitaire Varenne, 2013, 610 p.
- BAH S., *L'effectivité des conventions anti-corruption internationales : vers une cour pénale internationale en criminalité économique pour punir le vol d'état*, coll. Recherches juridiques, éd. Schulthess, 2014, 424 p.

- BERGES M., *Machiavel, un penseur masqué ?*, coll. Théorie politique, éd. Éditions Complexe, 2000, 360 p.
- BRODOWSKI D., ESPINOZA de los MONTEROS de la PARR. M., TIEDEMANN K., VOGEL J. (dir.), *Regulating corporate criminal liability*, 2014, 372 p.
- DEFFAINS B., LANGLAIS E. (dir.), *Analyse économique du droit - Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Bruxelles, 2009, 407 p.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit, Tome 1 - Le Relatif et l'Universel*, coll. La couleur des idées, éd. Seuil, Paris, 2004, 439 p.
- DELMAS-MARTY M. (dir.), *Corpus juris : portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, éd. Economica, Paris, 1997, 179 p.
- DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. V, éd. Société de législation comparée, Paris, 2003, 592 p.
- GILES S., *The Business Ethics Twin-Track - Combining controls and culture to minimise reputational risk*, éd. Wiley, 2015, 336 p.
- GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal des affaires en Europe : Allemagne, Angleterre, Espagne, France, Italie*, coll. Thémis Droit, PUF, Paris, 2006, 530 p.
- HAGUENAU-MOIZARD C., GAZIN F., LEBLOIS-HAPPE J., *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2016, 200 p.
- HEIDENHEIMER A. (dir.), *Political Corruption - Readings in Comparative Analysis on political corruption*, éd. Holt, New York, 1970, 582 p.
- HENZELIN M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, 527 p.
- HOLZHACKER R., LUIF P. (dir.), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Internal and External Dimensions of Increased Cooperation after the Lisbon Treaty*, Springer, New York, 2014, 146 p.
- INGHELRAM J.F.H., *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF)*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, 308 p.
- KOENIG G., *Les discrètes vertus de la corruption*, éd. Grasset & Fasquelle, 2009, 288 p.
- LASCOUMES P., NAGELS C., *Sociologie des élites délinquantes – De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, coll. U, éd. Armand Colin, 2014, 303 p.
- LIGETI K., *Toward a Prosecutor for the European Union- vol. 1- A comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 1096 p.
- LONELY PLANET (Ed) Indonésie, 4ème éd., *Lonely Planet* [Livre numérique], 2011.

- MANACORDA S., CENTONZE F., FORTI G. (dir.), *Preventing Corporate Corruption – The Anti-Bribery Compliance Model*, éd. Springer, Heidelberg, 2014, 533 p.
- MIETTINEN S., *Criminal Law and Policy in the European Union*, coll. Routledge Research in EU Law, Routledge, New York, 2013, 248 p.
- OPPETIT B., *Droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, 299 p.
- PRIOLLAUD F.-X., SIRITZIKY D., *Le traité de Lisbonne : commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La Documentation française, Paris, 2008, 528 p.
- RANCÉ P., De BAYNAST O., DELORS J., *L'Europe judiciaire : enjeux et perspectives*, Dalloz, Paris, 2001, 159 p.
- ROSE-ACKERMAN S., *Corruption – A Study in Political Economy*, éd. Academic Press, Londres, 1978, 258 p..
- ROUX-DEMARE F.-X., *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, 670 p.
- RUGGIERI F., *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*, Bruylant, Bruxelles, 2005 UAE symposium, 260 p.
- STEFANOU C., WHITE S., XANTHAKI H., *OLAF at the Crossroads: Action against EU fraud*, coll. Studies in international and comparative criminal law, Hart Publishing, 2011, 220 p.
- SZAREK-MASON P., *The European Union's Fight against corruption – The evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge University Press, New York, 2010, 318 p.
- VALÈRE-MAXIME, *Œuvres complètes*, Livre sixième, éd. Garnier, 1935, URL : <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/valere/index.htm>
- VAN DER DOES DE WILLEBOIS E., HALTER E. M., HARRISON R. A., PARK J. W., SHARMAN J.C., *The Puppet Masters – How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, éd. The World Bank, 2011, 267 p.

D. Thèses, monographies

FITZGERALD P., *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, M. Gounelle (dir.), Thèse Université de Toulon et du Var, 2011, 456 p.

LELIEUR-FISCHER J., *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive - étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, M. Delmas-Marty (dir.), Thèse Université Paris I, 2005, 615 p.

- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A. Contributions dans des ouvrages

AIOLFI G., PIETH M., « How to Make a Convention Work : the Organisation for Economic Co-operation and Development Recommendation and Convention on Bribery as an Example of a New Horizon in International Law », in FIJNAUT C., HUBERTS L. (dir.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, éd. Kluwer Law International, La Haye, 2002, pp. 349-360.

ALT E., « Les lois sur la transparence et la fraude : une réponse médiocre à la corruption de la République », in BONFILS P., MUCCHIELLI L., ROUX A. (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 117-121.

ANDERSEN S., « Non-binding Peer Evaluation within an Area of Freedom, Security and Justice », in HOLZHACKER R., LUIF P., *Freedom, Security and Justice in the European Union: Internal and External Dimensions of Increased Cooperation after the Lisbon Treaty*, Springer-Verlag, New York, 2014, pp.29-48.

ARNONE M., BORLINI L. S., « Follow-up procedures as specific cases of international supervision », in ARNONE M., BORLINI S. L. (dir.), *Corruption : Economic Analysis and International Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2014, pp.443-478.

ARROYO ZAPATERO L., MUÑOS DE MORALES ROMERO M., « Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (article 83.1 TFUE) », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, 2012, pp. 113-139.

- BARBE E., « Liaison Magistrates : A Success Story », in MONAR J. (dir.) *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp. 245-251.
- BARLETTA A., « Mutual recognition and harmonisation of sanctions. In search of logics in functions of approximation », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (dir.), *L'intégration pénale indirecte: interactions en droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. X, éd. Société de Législation comparée, Paris, 2005, pp. 93-127.
- BARLETTA A., « Le contrôle de la répartition des compétences en matière pénale : la recherche de l'équilibre institutionnel », in GIUDICELLI-DELAGE G., MANACORDA S. (dir.), *Cour de Justice et Justice pénale en Europe*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, éd. Société de législation comparée, Paris, 2010, p. 111-137.
- BAY LARSEN L., « The European penal area », in BRAUM S., WEYEMBERGH A., SPIELMANN D. (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, éd. de l'Université de Bruxelles Institut d'études européennes, Bruxelles, 2009, pp. 13-23.
- BERNARDI A., « L'harmonisation pénale accessoire », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, 2012, pp. 153-184.
- BLANC D., « Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations », in SAULNIER-CASSIA E., *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, pp. 102-125.
- BOCCON-GIBOD D., « Sur la responsabilité des personnes morales – Perspectives européennes », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, éd. Société de législation comparée, Paris, 2013, pp. 112-123.
- BOISSON de CHAZOURNES L., « Standards, régulation internationale et organisations internationales », in FRYDMAN B., VAN WAEYENBERGE A., *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp.69-92.
- BONUCCI N., « Article 12 - Monitoring and Follow-up », in BONUCCI N. PIETH M., LOW L. (dir.), *The OECD Convention on Bribery - A Commentary*, Cambridge University Press, UK, 2014, 2e éd., pp. 534-576.

- BROWN, A.J., « What are We Trying to Measure? Reviewing the Basics of Corruption Definition », in SAMPFORD C., SHACKLOCK A., CONNORS C., GALTUNG F., *Measuring Corruption – The Validity and Precision of Subjective Indicators (CPI)*, Ashgate, Routledge, New York, 2006, pp. 57-79.
- CASSANI U., « La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ? », in CASSANI U., HERITIER LACHAT A. (dir.), *Lutte contre la corruption internationale : the never ending story*, Schulthess, Genève, 2011, pp.33-61.
- CONTE P., « “Effectivité”, “inefficacité”, “sous-effectivité”, “surefficacité”... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Études offertes à Pierre Catala, éd. Litec, 2001, pp. 125-132.
- De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A., « L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp. 75-97.
- De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A., « Conclusions », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.219-233.
- De KERCHOVE G. « Introduction », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.13-17.
- DELMAS-MARTY M., « Introduction : Objectifs et méthodes », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp. 19-31.
- DELMAS-MARTY M., « Les processus d'interaction », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp.419-432.
- DELMAS-MARTY M., « Les modèles d'harmonisation », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp.433-440.
- DELMAS-MARTY M., « Conclusion : évaluation critique des pratiques au regard des modèles », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp.441-447.
- DE VAUPLANE H., « Une nouvelle géopolitique de la norme », in GARAPON A., SERVAN-SCHREIBER P. (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, Paris, 2013, pp. 23-40

- ELSEN C., « Personal Reflections on the Institutional Framework of the Area of Freedom, Security and Justice », in MONAR J. (dir.) *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp. 255-265.
- FRANÇOIS G., « L'incrimination de la corruption en Allemagne », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, Tome VII - Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 17-23.
- GARAPON A., SERVAN-SCHREIBER P., « Nouveau modèle global ou extension de la puissance américaine ? », in GARAPON A., SERVAN-SCHREIBER P. (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, Paris, 2013, pp. 187-191
- GAVOUNELI M., « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Pedone, Paris, 2014 pp.45-53.
- GOUTTEFARDE F., AHIPEAUD E., « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in D. DORMOY (dir.), *La corruption et le droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 75-119.
- HATZOPOULOS V., « Casual but Smart : The Court's New Clothes in the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty », in MONAR J. (dir.) *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp. 145-165.
- KAIIFA-GBANDI M., « Memorandum », in House of Lord, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Volume II: Evidence, 13 mars 2008, pp. E157-E162
- KHABIRPOUR S., « Les interactions du point de vue de l'évaluation entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.153-160.
- KOERING-JOULIN R., « Où il est encore question de compétence universelle », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 969.
- KUHL L., « Les pouvoirs d'enquêtes de l'OLAF », in RUGGIERI F. (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*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 87-94.
- LABAYLE M., NILSON G.H., « The Role and Organisation of Eurojust: Added Value for Judicial Cooperation in Criminal Matters », in MONAR J. (dir.) *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp. 195-215.

- LAGERWALL A., « L'évaluation des États par le Comité contre le terrorisme des Nations unies - Quand l'efficacité prend le pas sur la délibération », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp. 45-98.
- LEPLAT F., BERGÉ J. S., « L'évaluation mutuelle et la directive service s: retour d'expérience sur une volonté de "mieux légiférer" », in DE LA ROSA S., PERALDI LENEUF F. (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, coll. Cahiers Européens, éd. Pedone, 2013, pp. 127-147.
- LIGETI M., MUCSI G., « Opening the door to corruption in Hungary's sport financing », in *Rapport de Transparency International, Global Corruption Report : sport*, éd. Routledge, New York, 2016, p. 84.
- LAMBSDORFF J. G., « Measuring Corruption – The Validity and Precision of Subjective Indicators (CPI) », in SAMPFORD C., SHACKLOCK A., CONNORS C., GALTUNG F., *Measuring Corruption – The Validity and Precision of Subjective Indicators (CPI)*, Ashgate, Routledge, New York, 2006, pp. 81-99.
- LELIEUR J., « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in BONFILS P., MUCCHIELLI L., ROUX A. (dir.) *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. *Droits, pouvoirs & sociétés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp.89-106.
- MANACORDA S., « La région Europe : bilan comparatif des Conventions de l'OCDE, de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, Tome VII – Les processus d'internationalisation*, coll. *Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal*, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 105-130
- MANACORDA S., « La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, éd. Société de Législation comparée, Paris, 2013, pp. 23-47.
- MILLER W. L., « Perceptions, Experience and Lies: What Measures Corruption and What do Corruption Measures Measure? », in SAMPFORD C., SHACKLOCK A., CONNORS C., GALTUNG F., *Measuring Corruption – The Validity and Precision of Subjective Indicators (CPI)*, Ashgate, Routledge, New York, 2006, pp. 163-185.
- MITSILEGAS V., « Corruption and the European Union », in CASSANI U, HERITIER LACHAT A. (dir.), *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story*, Schulthess, Genève, 2011, pp.83-106.
- MITSELEGAS V., « The aims and limits of European Union anti-corruption law », in HORDER J., ALLDRIDGE P. (dir.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp.160-195.

- MUSARAJ S., « Indicators, Global Expertise, and a Local Political Drama - Producing and Deploying Corruption Perception Data in Post-Socialist Albania », in MERRY S. E., DAVIS K. E., KINGSBURY B., *The quiet power of indicators: measuring governance, corruption, and the rule of law*, Cambridge University Press, New York, 2015, pp.222-247.
- NASTOU P., « L'évaluation des parties à la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales : un mécanisme institutionnel de suivi au service de l'harmonisation des législations et pratiques nationales », in DORMOY D. (dir.), *La corruption et le droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.5-48.
- NIEMEIER M., « Europol and the Architecture of International Security », in WIEGAND M. A., MONAR J., *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp. 169-193
- NILSSON H. G., « Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.115-124.
- OEHLER D., « La protection du marché européen par le droit pénal des affaires », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur - Droit pénal, droit européen*, Eyrolles-Litec, Paris, 1992, pp. 156-167.
- ORLANDINI A., « Négation et argumentation en latin », in *Grammaire fondamentale du latin*, t. VIII, éd. Peeters, Louvain, 2001.
- PIETH M., « Preventing corruption, a case study », « The agents of change », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp. 225-252 et pp. 369-384.
- PIN X., « Subsidiarité versus efficacité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 47-57.
- RADI Y., DORMOY, D., « Du "Dilemme du prisonnier" au "jeu d'intégration" l'internationalisation de l'incrimination pénale de la corruption active transnationale », in DORMOY D. (dir.), *La corruption et le droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.169-218.
- RAU W., RINGGUTH J., « Evaluation in the framework of the Council of Europe », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.33-44.

- RODRIGUES S., « La protection des intérêts financiers de l'Union européenne – De la responsabilité partagée à la coopération renforcée ? », in *Mélanges offert à Philippe Manin - L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris, 2010, pp.511-552.
- ROTH R., « La politique pénale européenne est-elle une politique publique ? - Comment l'évaluer ? », in De BIOLLEY S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp.147-151.
- ROTH R., « Ne bis in idem transnational : vers de nouveaux paradigmes ? », in BRAUM S., WEYEMBERGH A. (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace européen*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, pp. 121-145.
- ROUCHEREAU F., « Article 34 (ex-article K. 6) », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 104.
- ROUCHEREAU F., « Article 35 (ex-article K.7) », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 102-104.
- ROUX V. A., « Mesurer les écarts entre le droit, les représentations et le fait : la corruption comme défi au droit », in BONFILS P., MUCCHIELLI L., ROUX A. (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 59-68.
- SATZGER H., « Le principe de légalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 85-97.
- SIEBER U., « The forces behind the harmonization of criminal law », in DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, vol. 15, pp. 385-417.
- SOTIS C., « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 59-77.
- SZAREK-MASSON P., « The European Union policy against Corruption in the light of international developments », in ECKES C., KONSTADINIDES T. (dir.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp.43-75.

- SZAREK-MASSON P., « OLAF: the anti-corruption policy within the European Union », in AUBY J.-B., BREEN E., PERROUD T. (dir.), *Corruption and Conflicts of Interest: a comparative law approach*, Edward Elgar Publishing, 214, pp. 288-302.
- TONRY M., « Mandatory Penalties », in M. TONRY (dir.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, éd. Oxford University Press, sept. 2011, pp. 747 et s.
- TRICOT J., « Inventaire des instruments internationaux : le processus de construction du cadre juridique international », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, Tome VII – Les processus d'internationalisation*, coll. Vers les principes directeurs internationaux de droit pénal, éd. Les Éditions de la MSH, 2001, pp. 85-104.
- TRICOT J., « L'harmonisation pénale accessoire : question(s) de méthode – Observations sur l'art et la manière de légiférer pénalement selon l'Union européenne », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, Société de Législation Comparée, 2012, pp. 185-196.
- VAN DE KERCHOVE M., « Le principe de subsidiarité », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, éd. Société de législation comparée, Paris, 2012, pp. 27-46.
- VANDER ELST R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne », in M. WAELBROECK (dir.), *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. U.L.B., coll. Bibliothèque de l'institut d'études européennes - Thèses et travaux juridiques, Bruxelles, 1976, pp. 1-14.
- WARNER C., « Sources of corruption in the European Union », in HEYWOOD P. (dir.), *Routledge Handbook of Political Corruption*, Routledge, UK, 2015, pp. 121-135.
- WEYEMBERGH A., « La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, éd. Asser Press, La Haye, 2013, pp. 539-561.
- WEYEMBERGH A., RICCI V., « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH, D. SPIELMANN (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, éd. de l'Université de Bruxelles Institut d'études européennes, Bruxelles, 2009, pp. 227-300.

B. Articles, articles de colloque, chroniques, études, revues

- ACOSTA F., « La corruption politico-administrative : émergence, constitution et éclatement d'un champ d'études », *Déviance et Société*, vol. 9, n° 4, 1985, pp. 333-354
- ALLAIN E., « La lutte contre la corruption des fonctionnaires par l'Union européenne », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2006.
- ALT E., « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G*, n° 43, 20 oct. 2014, doct. 1092.
- ANDREONE F., LAFARGE F., NEFRAMI E., « Chronique de l'administration européenne », *Revue française de l'administration publique*, n° 150, 2014, pp. 599-620.
- ASCENCI L., « Compte rendu de la 8e Conférence de l'OLAF des procureurs spécialisés dans la lutte antifraude du 17 au 19 novembre 2010 », *RSC*, 2011, pp.742-744.
- BAILLY E., DAOUD E., « Le whistleblowing et la protection des données à caractère personnel : le compromis américano-européen », *AJ Pénal*, 2010, pp. 269-273.
- BENOIT-ROHMER F., « Champ d'application de la Charte, droit d'asile et protocole n° 30 relatif à l'application de la Charte au Royaume-Uni et à la Pologne », *RTD Eur.*, 2012, p. 401.
- BERNARD D., « Ne bis in idem – Protector of defendant's rights or jurisdictional pointsman? », *Journal of international criminal justice*, 9-4, 2011, p. 863-880.
- BERNARD GLANZ C., L. LEVI, « Le système d'alerte précoce de la Commission européenne ou d'un certain oubli des droits fondamentaux ? », *Les marchés publics*, n° 88, avril 2012, pp. 26 et s.
- BERNARDI A., « Le rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation du droit pénal – Un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités », *RSC*, 2007, pp. 713-737.
- BEZIZ-AYACHE A., « Peines complémentaires », *Rép. pén.*, oct. 2014, n° 7.
- BILLARD et alii A., « Le “milieu du gué” de la protection législative des lanceurs d'alerte », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], mai 2014, URL : <http://revdh.revues.org/752>
- BLANC D., « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, 2007, pp. 352 et s.
- BOCCON-GIBOD D., « Non bis in idem : une peine prononcée et subie à l'étranger à raison de faits commis en France s'impute sur l'exécution de celle qui sera éventuellement prononcée en France pour les mêmes faits », *RSC*, 2013, p. 857.

- BOCCON-GIBOD D., « Loi du 15 août 2014 : effet immédiat de la disparition des peines planchers », *RSC*, 2014, p. 800-849.
- BORGHI M., MEYER-BISCH P. (dir.), *La corruption : l'envers des droits de l'homme, Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, coll. Collection interdisciplinaire -Série Droits de l'homme, 2ème éd., Éditions Universitaires, Fribourg, 1998.
- BOT Y., « Quelques perspectives après Lisbonne », *JCP G*, n° 52, décembre 2009, 580. pp.9-15.
- BOULOC B., « La publication de la condamnation : une peine obligatoire, conforme à la Constitution ! », *Dalloz*, 2011, p. 54.
- BOULOC B., « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », *Dalloz*, 2011, p. 929.
- BOURSIER M.-E., « Entraide pénale internationale, lutte contre les infractions d'affaires internationales et nouveaux leviers d'efficacité. À propos de deux arrêts de la Chambre criminelle du 9 décembre 2015 », *AJ Pénal*, n° 3, Dalloz, Paris, mars 2016, pp. 137-141.
- BROWN D., « A question of competency », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Brill, vol.8, n° 2, Leiden, 2000, pp.129-138.
- CARBONNIER J., « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP*, 1952, I, 1034.
- CADET I., « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, n° 4, 2010, pp. 401-439.
- CADIET L., « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Rapport de synthèse », *Procédures*, avr. 2010, dossier 8, pp. 40 45
- CAFRITZ E., TENE O., « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC*, 2003, pp. 733-741.
- CARR I., « Corruption, legal solutions and limits of law », *International Journal of Law in Context*, vol. 3, Cambridge University Press, sept. 2007, pp. 227-255.
- CARTIER-BRESSON J., « Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », in *Rapport de l'OCDE, Affairisme : la fin du système – Comment combattre la corruption*, 2000, p. 19.
- CASSUTO T., « Législation de l'Union européenne en matière de corruption et de trafic d'influence », *AJ Pénal*, n° 7-8, Dalloz, Paris, juil. 2015, pp. 343-346.
- CAVALERIE P., « La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. 43, n° 1, 1997, pp. 609-632.

- CHARPIN J.-M., « L'information statistique en perspective : six grands changements », *Revue d'économie financière*, n° 98, août 2010, pp. 15-26.
- CHRISTAKIS T., « L'Etat avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *Revue générale de droit international public*, 2008, pp. 5-47.
- CLEMENT S., « Corruption d'agent public étranger et responsabilité pénale de la personne morale : l'acte manqué de la cour d'appel de Paris », *AJ Pénal*, 2015, pp. 253-254.
- COURMONT B., LINCOT E., « La lutte anticorruption en Chine : "la chasse aux tigres et aux renards" », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 131-140.
- COVOLO V., « The Legal Framework of OLAF Investigations: What lessons for the European penal area? », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 201-219.
- CSONKA P., « Délinquance économique et coopération internationale : un bilan réaliste », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 36, INHESJ, 1999, pp. 143-153.
- CUTAJAR C., « Le droit à réparation des victimes de la corruption; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1081-1085.
- CUTAJAR C., « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France », *AJ Pénal*, 2015, pp. 340-343.
- CUTAJAR C., « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4 directive blanchiment ? », *JCP G*, n° 19-20, 11 mai 2015, 554-573.
- DALLOZ M., « Circonstances aggravantes », *Rép. pén.*, mars 2011.
- DAOUD E., LE CORRE C., « La conformité des entreprises en matière de *lutte anti-corruption* », *AJ Pénal*, n° 7-8, Dalloz, Paris, juil. 2015, pp. 349-354.
- DARGHAM C., MARHUENDA M., « Lutte contre la corruption internationale - État des lieux », *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 5, sept. 2014, dossier 29.
- DECAUX E., « Déclarations et conventions en droit international », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, note 1.
- DE HERT P., MURASZKIEWICZ J., « Gary Becker and the Economics of Trafficking in Human Beings », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 5, n° 2, 2014, pp. 116-120.
- DE LAMY B., « Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines », *RSC*, 2011, p. 182.
- DEHOUSSE R., « La Commission européenne face à l'opinion publique », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2009, pp. 37-44

- DELMAS-MARTY M., « Personnes morales étrangères et françaises », *Revue des sociétés*, 1993, p. 255-632.
- DELMAS-MARTY M., « Union européenne et droit pénal », *Cahier de droit européen*, n° 5-6, 1997, pp.607-353.
- DELMAS-MARTY M., « Combatting fraud - Necessity, Legitimacy and Feasibility of the Corpus Juris », *Common Law Market Review*, vol. 37, n° 2, avril 2000, pp. 247-256.
- DELMAS-MARTY M., MANACORDA S., « La corruption : un défi pour l'État de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, pp. 696-705.
- DIXON G., GOESSWEIN G., HOHMANN O., « Anti-Bribery Law: Some Comparisons between Germany and the UK », *The International Construction Law Review*, vol. 30, 2013, pp. 54-63.
- DUFAU C., ROBERT H., « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2013, pp. 74-78.
- EBER N., « D... Comme Dilemme du prisonnier », *Revue juridique et économique du sport*, 2007, n° 83.
- FAVOREU L., « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme (abolition de la peine de mort) », *Annuaire français de droit international*, vol. 31, 1985, pp. 868 et s.
- FLORE D., « Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE », *Revue de l'Union européenne*, n° 582, Dalloz, Paris, 2014, pp. 559-569.
- FOEGLE J.-P., « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'«Europe des droits de l'homme» », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 mars 2015, URL : <http://revdh.revues.org/1073>
- FOEGLE J.-F., « Lanceur d'alerte ou "leaker" ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction », *La revue des droits de l'homme*, n° 10, 2016.
- FORSETI A., PAUL A., « Pour en finir avec les peines plancher », *JCP G*, n° 17, 28 avril 2014, 497.
- GARAPON A., « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, n° 349, novembre 2008, pp. 98-122.
- GARAPON A., « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, n° 402, fév. 2014, pp. 19-30.
- GARAPON A., MIGNON A., « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *RIDE*, 2016, pp. 197-215.

- GAVOUNELI M., « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE, Journée d'études de Paris de la Société française pour le droit international*, Pedone, Paris, 2014 pp.45-53.
- GEEROMS S., « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 3, 1996, p. 533-579.
- GIACOBOO-PEYRONNEL V., HUC V., « Chronique de jurisprudence en droit de la fonction publique de l'Union européenne - Seconde partie », *Revue de l'Union européenne*, n°588, 2015, pp. 324 et s.
- GINSBURG T., McADAMS R. H., « Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution », *William & Mary Law Review*, vol. 45, 2004, pp. 1229-1340
- GIOVACCHINI L., « La corruption : techniques préventives et aide à la détection », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 36, INHESJ, 1999, pp. 91-99.
- GODIVEAU G., « La conditionnalité démocratique dans le partenariat ACP-CE », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, pp. 87 et s.
- GOGORZA A., « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, n° 10, octobre 2010, étude 26.
- GOMEZ C., MATELLY S., « La corruption : phénomène ancien, problème nouveau ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 47-54.
- GOMEZ C., MATELLY S., « La corruption est-elle condamnable ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 83-89.
- GOMEZ C., VERZEROLI M., « Lutte contre la corruption : dépasser le "tous pourris" », Interview de Daniel Lebègue, *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 101-120.
- GIUDICELLI-DELAGE G., « Les eaux troubles du droit pénal de l'Union européenne », *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, pp. 130-145
- HINAREJOS A., « On the legal effects of framework decisions and decisions: directly applicable, directly effective, self-executing, supreme? », *European Law Journal*, vol. 14, 2008, p. 620-634.
- HOLMÅS H., OTENG-ADJEI J., « Vaincre la malédiction des ressources en minéraux et combustibles au Ghana », in *Rapport de l'OCDE, Coopération pour le développement 2012 – Comment intégrer durabilité et développement*, 2012, pp. 137-147.
- JEANDIDIER W., « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, n° 39, 25 sept. 2002, pp. 1670 et s..
- KOEHLER M., « Big, Bold and Bizarre: The Foreign Corrupt Practices Act Enters a New Era », *University of Toledo Law Review*, vol. 43, n° 1, 2011.

- KOEHLER M., « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, vol. 73, n° 5, 2012, pp. 929-1013.
- KOENIG G., « Quelle morale pour la corruption ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 55-63.
- KRIEGK J.-F., « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gazette du Palais*, n° 99, 9 avril 2005, pp. 2 et s.
- LABAYLE H., « L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne en la matière pénale », *RSC*, 1995, pp. 35-36.
- LABAYLE H., « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTD Eur.*, n° 1, 2006, pp. 1-46.
- LABAYLE H., « Within you, without you : l'opt-out britannique en matière d'entraide répressive », *Europe*, n° 2, févr. 2013, étude 2.
- LAFAY J.-D., « L'économie politique de la corruption – Aperçu analytique », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, pp. 91-99.
- LARCHE M., « Accord de Cotonou instaurant un partenariat avec les États ACP », *Europe*, n° 2, fév. 2012.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « Peines planchers : état des lieux cinq ans après », *AJ Pénal*, 2012, pp. 398 et s.
- LELIEUR J., PIETH M., « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 1086-1092.
- LELIEUR J., « Créativité judiciaire en faveur des entreprises françaises dans l'affaire Pétrole contre nourriture II », *AJ Pénal*, 2015, pp. 540-544.
- LENA M., « Sondages de l'Élysée : la chambre criminelle ordonne le retour du dossier au juge d'instruction », *Dalloz actualité*, 15 janv. 2013.
- LENOIR N., « Les lanceurs d'alerte. - Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 15 oct. 2015, 1492.
- LEPAGE A., MATSOPOULOU H., « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP G*, n° 47, 22 nov. 2010, 1149.
- LIGETI K., « Rules on the application of ne bis in idem in the EU », *eu crim*, 2009, n° 1-2, p. 37-43.
- LIGETI K., « Criminal Liability of Heads of Business: a necessary Pillar in the enforcement of the Protection of the financial interests of the eu », *eu crim*, n° 4, 2015, pp.145-150.
- LO MONACO A., « Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *RSC*, 1995, pp. 11-21.

- MANACORDA S., « Pour un corpus juris : perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 36, INHESJ, 1999, pp. 155-176.
- MANACORDA S., « Le droit pénal et l'Union européenne », *RSC*, 2000, pp. 95 et s.
- MANACORDA S., « La mutation "à droit constant" du Troisième pilier : renforcement et élargissement de la coopération », *RSC*, 2008, pp. 995-1006.
- MARON A., VERON M., « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G*, n° 43, 24 oct. 2011
- MATSOPOULOU H., « La censure par le Conseil constitutionnel de la peine de publication de la décision de condamnation applicable au délit de fraude fiscale », *Revue des sociétés*, 2011, p. 377
- MAYAUD Y., « De la nature non punitive des interdictions de soumissionner », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 76, 1er févr. 2012, pp. 58-64.
- MÉNISSIER T., « La corruption, un concept philosophique et politique chez les Anciens et les Modernes », *Anabases*, n° 6, 2007, pp. 11-16.
- MERVILLE A.-D., « Japon : un employé de Deutsche Bank reconnaît des faits de corruption », *Revue internationale des services financiers*, n° 3, 2014, pp. 100-101.
- MET-DOMESTICI A., « The Reform of the EU's Anti-Corruption Mechanism », *eucri*, n° 1, 2012, pp. 25-30.
- MEYER N. M., « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, 2014, pp. 2242 et s.
- MIGNON COLOMBET A., BUTHIAU F., « Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. – Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G*, n° 13, 25 mars 2013, p. 625 et s.
- MIGNON COLOMBET A., « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *JCP G*, n° 51, 15 déc. 2014, p. 1298.
- MIGNON COLOMBET A., « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, 2015, pp. 346-349.
- MIGNON COLOMBET A., « Vers une reconnaissance internationale du principe ne bis in idem », *JCP E*, no 36, 3 septembre 2015, pp. 44-47.
- MIHMAN A., « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi "Perben II" », *Droit pénal*, n° 1, janv. 2005, étude 1, notes 1 et 55.
- MOCCIA S., « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et société*, 1997, vol. 21, n° 2, pp. 137-164.
- MOULETTE P. « Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption », *AJ Pénal*, 2013, pp. 82 et s.

- MUNGIU-PIPPIDI A. et alii, « Contextual choices in Fighting Corruption: Lessons Learned », *Rapport NORAD*, n° 4, juil., 2011, p.23.
- PERRIER B., « Inconstitutionnalité de la peine de publication de la décision de condamnation pour des faits de fraude fiscale », *AJ Pénal*, 2011, p. 76.
- BERTHELET P. et alii., « Le volet externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : instruments et réalisations », *RTD Eur.*, 2014, p. 667-683.
- PICHON E., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation- Chambre criminelle. 7 - Nature des actes susceptibles de faire l'objet d'un contentieux en nullité devant la chambre de l'instruction », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 151 et suivantes
- PRADEL J., « Un législateur bien imprudent – À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 38, 15 septembre 2014.
- PRALUS M., « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis », *RSC*, 1996, pp. 551-566.
- PREU J. A., « Private Vices – Public Benefits », *The English Journal*, vol. 52, n° 9, déc. 1963, pp. 653-658 et 692.
- PRINGAULT S., « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation d'infractions pénales.- Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing », *Dr. adm.*, n° 4, avr. 2012, étude 8.
- PUJAS V., « Les difficultés de l'OLAF pour s'imposer en tant qu'acteur légitime de la protection des intérêts économiques et financiers européens », *Cultures et conflits*, n° 62, pp. 107-127.
- QUINONES E., « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *Annuaire français de droit international*, n° 49, 2003, pp. 563-574.
- QUIRKE B., « OLAF's role in the fight against fraud in the European Union: do too many cooks spoil the broth? », *Crime, Law and Social Change*, vol. 53, n° 1, févr. 2010, pp. 97-108.
- RENNES J., « L'argument de la décadence dans les pamphlets d'extrême droite des années 1930 », *Mots*, vol. 58, n° 1, pp. 152-164.
- RIFFAULT-SILK J., « La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal », *RIDC*, n° 2, 2002, pp. 639-661.
- RIGAUX A., « De quelques suggestions de nature à résorber l'inflation des ordonnances d'irrecevabilité manifeste des questions préjudicielles fondées sur une appréciation erronée par le juge de renvoi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *Europe*, août 2013, n° 8, comm. 337.
- ROBERT J.-H., « La fin d'un pilori », *Droit pénal*, n° 2, févr. 2011, comm. 23.
- ROBERT J.-H., « Un ostracisme non punitif », *Droit pénal*, n° 6, juin 2011, comm. 82.

- RODOPOULOUS I., « Un “langage commun” sans “grammaire commune” ? 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 », *Revue de l’Union européenne*, n° 580, Dalloz, Paris, juil. 2014, pp.454-460.
- ROUHETTE T., COSLIN C., « “Argent, pouvoir et politique : les risques de corruption en Europe” : le rapport publié par Transparency International le 6 juin 2012 », *AJ Pénal*, 2013, pp. 84-86.
- ROSSETTO J., « Le contrôle judiciaire dans le troisième pilier du traité sur l’Union européenne », *Droit et Défense*, n° 2, 1996, p. 56.
- RUBI-CAVAGNA E., « Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC*, n° 3, 2009, pp. 501-521.
- SABINO L., « Les langues de l’Union européenne enjeux, pratiques et perspectives », *RTD Eur.*, 1999, pp. 159-169.
- SALAZAR L., « Monitoring International Instruments against Corruption », *eucri*, n° 1, 2012, pp. 20-24.
- SEGONDS M., « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, n° 5, 2006, pp. 193-197.
- SEGONDS M., « L’internationalisation de l’incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d’une arme économique) », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2006, étude 12, para. 2.
- SEGONDS M., « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *Recueil Dalloz* (16), 2008, p. 1068-1075.
- SEGONDS M., « La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d’intérêts », *RSC*, 2013, pp. 877 et s.
- SEGONDS M., « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *RLDA*, Supplément, n° 105, juin 2015, pp.16-19.
- SEASSAUD E., « La lutte contre la corruption en droit anglais, américain et français : une approche comparée », *Revue juridique de l’économie publique*, n° 710, juillet 2013, étude 10.
- SOTIS C., « Criminaliser sans punir », *RSC*, 2011, pp. 773-785.
- SOULIER G., « Le Traité d’Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale », *RSC*, 1998, pp. 237-254.
- SPECTOR C., « Montesquieu ou les infortunes de la vertu », *Esprit*, n° 402, fév. 2014, pp. 31-44.
- SPENCER J. R., PADFIELD N., « L’intégration des droits européens en droit britannique », *RSC*, 2006, pp. 537-550.

- STASIAK F., « Les règles de forme du délit de corruption (ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ?), in *Mélanges Jacques-Henri Robert*, éd. Montchrestien, Paris, 1998, pp. 737-751.
- STEIN S., « Le principe ne bis in idem dans l'Union européenne », *AJ Pénal*, 2011, pp. 443 et s.
- STEFANUC R., « Corruption, or how to tame the shrew with the European Union: the new anti-corruption initiative of the European Commission », *ERA FORUM: Scripta iuris europaei*, vol. 12, n° 3, nov. 2011, pp. 427-443.
- TASEVA E., « The New European Commission Anti-Corruption Package: Towards a more Efficient Fight against Corruption? », *New Journal of European Criminal Law*, Intersentia Ltd, Cambridge, vol. 3, n° 3-4, 2012, pp. 344-362.
- TAUPIAC-NOUVEL G., « À la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », *Droit pénal*, n° 9, sep. 2015, dossier 6.
- TIEDEMANN K., « La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? », *RSC*, 1997, pp. 259 et s
- TOURNEPICHE A.-M., « Note sous arrêt : TPICE, 4 octobre 2006, Hans Martin Tillack / Commission (affaire T-193/04) », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2006, pp. 735-741.
- TRICOT J., « La corruption internationale », *RSC*, n° 4, 2005, pp. 753-765.
- VAN DER JEUGHT, S., « Le traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, n° 164, décembre 2009, pp. 297-304.
- VAN GERVEN W., « Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.8, n° 3, 2000, pp. 296-318.
- VERDUN F., « Le mécanisme d'examen de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption : une difficile mise en place », *La Revue du GRASCO*, sept. 2012, pp. 76 78.
- VERON M., « Atteinte à la notoriété de la ville », *Droit pénal*, n° 5, mai 2006, comm. 73.
- VERON M., « Entre la morale et l'argent », *Droit pénal*, n° 6, juin 2007, comm. 85.
- VERVAELE J., « Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 4, sept. 2013, pp. 211-229.
- WEYEMBERGH A., « The Development of Eurojust: Potential and Limitations of article 85 of the TFEU », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n° 1, 2011, p. 75 et s.
- YANNACA-SMALL C., « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 792-803.

« Corruption internationale : première condamnation française de personnes morales », *Dalloz*, 2016, pp. 1240 et s.

C. Articles de presse

ALT E., « Antoine Deltour doit être protégé et non pas sanctionné », *Le Monde*, 26 avr. 2016, p. 23.

ANAND G., SYLVERS E., ROY R., « Corruption Charges Fly in Trial Over Indian Helicopter Deal », *The Wall Street Journal* [En ligne], 22 sept. 2014, URL : <http://www.wsj.com/articles/corruption-charges-fly-in-trial-over-indian-helicopter-deal-1411442970>

ARIES Q., PANICHI J., « No protection for assistants in Parliament's whistle-blower revamp », *Politico* [En ligne], 8 janvier 2016, URL : <http://www.politico.eu/article/no-protection-for-assistants-in-parliaments-whistle-blower-revamp-safeguards-transparency-international>

ARSENAULT C., « Parlement européen : le “secret des affaires” loin devant les lanceurs d’alerte », *RFI* [En ligne], 15 avr. 2016, URL : <http://www.rfi.fr/europe/20160415-parlement-europeen-vote-secret-affaires-loin-devant-lanceurs-alerte-luxleaks-deltour>

BISWAS S., « What is AgustaWestland chopper deal? Why is Sonia Gandhi under attack for it? », *Indian Today* [En ligne], 27 avr. 2016, URL : <http://indiatoday.intoday.in/story/what-is-the-agustawestland-chopper-deal-why-is-sonia-gandhi-in-trouble-for-it/1/652652.html>

BOISTEAU A., « Sotchi, deux mois après les JO : les images d'une ville fantôme », *Atlantico* [En ligne], 8 avr. 2014. URL: <http://www.atlantico.fr/decryptage/sotchi-deux-moisapres-jo-images-ville-fantome-1035049.html>

CHAMBRAUD C., « Gibraltar : nouvel épisode de tension entre le Royaume-Uni et l'Espagne », *Le Monde* [En ligne], 21 août 2013, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/08/20/gibraltar-nouvel-episode-de-tension-entre-le-royaume-uni-et-l-espagne_3463797_3214.html

COLLEYN M., « De l’ordre à la cellule de Jumet », *La Libre* [En ligne], 21 mars 2012, URL : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/de-l-ordre-a-la-cellule-de-jumet-51b8e7d6e4b0de6db9c5f96d>

CRAMPTON T., « France facing big bill in Taiwan frigate deal », *The New York Times* [En ligne], 30 janv. 2004, URL : http://www.nytimes.com/2004/01/30/news/france-facing-big-bill-in-taiwan-frigate-deal.html?_r=0.

- DAMGE M., BARUCH J., « Evasion fiscale : l'affaire des "Panama Papers" en 7 chiffres », *Le Monde* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/04/evasion-fiscale-l-affaire-des-panama-papers-en-7-chiffres_4895015_4890278.html.
- DAVIES H., « Rolls-Royce faces second investigation in Brazil corruption scandal », *The Guardian* [En ligne], 27 sept. 2015, URL: <https://www.theguardian.com/business/2015/sep/27/rolls-royce-second-investigation-brazil-petrobras>
- DEBOVE A., « 2 juin 1992 : Le non danois au traité de Maastricht : appréhensions et maladroites », *Le Monde* [En ligne], 12 juin 2008, URL: http://www.lemonde.fr/europe/article/2008/06/12/2-juin-1992-le-non-danois-au-traite-de-maastricht-apprehensions-et-maladroites_1057094_3214.html
- DOCKERY S., « SEC gets big break in Macedonia Corruption Case », *The Wall Street Journal* [En ligne], 21 sept. 2015, URL : <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2015/09/21/sec-gets-big-break-in-macedonia-corruption-case/>
- DUBOIS N., « Paul van Buitenen remporte 2 sièges avec son Europe transparence - Le "carillonneur" des Pays-Bas », *Libération*, 15 juin 2004, p.4.
- DUCOURTIEUX C., « Les eurodéputés Verts veulent une protection maximale pour les lanceurs d'alerte », *Le Monde* [En ligne], 25 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/04/25/les-eurodeputes-verts-veulent-une-protection-maximale-pour-les-lanceurs-d-alerte_4908372_3214.html
- EDIMO J., « Le Nigéria accélère sa lutte contre la corruption dans l'armée », *Le Point Afrique* [En ligne], 15 juill. 2016, URL: http://afrique.lepoint.fr/economie/le-nigeria-accelere-sa-lutte-contre-la-corruption-dans-l-armee-15-07-2016-2054632_2258.php
- ENGELS P., « Les flics anti-corruption de la cellule de Jumet se rebiffent », *La Libre* [En ligne], 14 mai 2014, URL : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/les-flics-anti-corruption-de-la-cellule-de-jumet-se-rebiffent-5373b3893570102383c7e96c>
- ETWAREEA R., « La Banque mondiale place une filiale suisse d'Alstom sur liste noire », *Le Temps* [En ligne], 23 février 2012, URL : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/f19e449a-5d91-11e1-aa40-50db110c06c1>
- GUERITEE B. I., « La "superimmunité" déclenche la colère des Roumains », *Courrier International* [En ligne], 16 décembre 2013, URL : <http://www.courrierinternational.com/revue-de-presse/2013/12/16/la-superimmunit%C3%A9-d%C3%A9clenche-la-col%C3%A8re-des-roumains>

- HOPE C., SWINFORD S., « Revelations in BAE Saudi case prompt inquiry call », *The Telegraph* [En ligne], 12 mars 2011, URL: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/wikileaks/8377562/Revelations-in-BAE-Saudi-case-prompt-inquiry-call.html>
- JACOBS B., « Non-Prosecution Agreements: Reserved for VIPs? », *Forbes* [En ligne], 9 févr. 2016, URL : <http://www.forbes.com/sites/insider/2016/02/09/non-prosecution-agreements-reserved-for-vips/#1a5cad2162a9>
- KOENIG G., « Corruption, conflits d'intérêts, UIMM : et si on relisait Bernard Mandeville ? », *Le Figaro* [En ligne], 22 fév. 2014. URL: www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/02/24/31003-20140224ARTFIG00057-corruption-conflits-d-interets-uimm-et-si-on-relisait-bernard-mandeville.php
- LAMANT L., AUVILLAIN M., « L'UE accusée de fermer les yeux sur un réseau de corruption en Italie », *Mediapart* [En ligne], 12 mai 2015. URL: <https://www.mediapart.fr/journal/international/120515/lue-accusee-de-fermer-les-yeux-sur-un-reseau-de-corruption-en-italie?onglet=full>
- LASKE K., LE GUILCHER G., LIVOLSI G., « Affaire kazakhe : la justice piste les archives du conseil de Sarkozy », *Mediapart* [En ligne], 22 octobre 2014, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/france/171014/affaire-kazakhe-la-justice-piste-des-archives-du-conseiller-de-sarkozy?onglet=full>
- LECADRE R., « Procès LuxLeaks : la justice luxembourgeoise en question... », *Libération* [En ligne], 27 avr. 2016, URL : www.liberation.fr/france/2016/04/27/proces-luxleaks-la-justice-luxembourgeoise-en-question_1449031
- LEGENDRE R., « Nathalie Goulet et Éric Bocquet, vigies de la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale », *L'Opinion* [En ligne], 6 oct. 2015. URL: <http://www.lopinion.fr/6-octobre-2015/nathalie-gouleteric-bocquet-vigies-lutte-contre-corruption-l-evasion-fiscale-28813>
- LEIGH D., EVANS R., « BAE: secret papers reveal threats from Saudi prince », *The Guardian* [En ligne], 15 févr. 2008, URL: <https://www.theguardian.com/world/2008/feb/15/bae.armstrade>
- LOSSON C., LECADRE R., GUITON A., « William Bourdon : “Il faut accorder une forme d'immunité aux lanceurs d'alerte” », *Libération* [En ligne], 24 avr. 2016, URL : http://www.liberation.fr/planete/2016/04/24/william-bourdon-il-faut-accorder-une-forme-d-immunite-aux-lanceurs-d-alerte_1448389
- LOUBIÈRE P., « China Telecom décapité par la lutte anti-corruption », *Challenges* [En ligne], 31 déc. 2015, URL: <http://www.challenges.fr/telecoms/20151231.CHA3431/china-telecom-decapite-par-la-lutte-anti-corruption.html>

- MACKE G., « Corruption : une “transaction pénale” pour mieux punir les entreprises », *Challenges* [En ligne], 29 janvier 2016. URL : <http://www.challenges.fr/economie/20160129.CHA4524/corruptionune-transaction-penale-pour-mieux-punir-les-entreprises.html>
- MARCHAIS I., « Soulagement dans l'Union après la démission de la Commission. L'Europe se cherche de nouvelles têtes. Alors que l'Europarlement souhaite le départ rapide de l'exécutif démissionnaire, certains commissaires s'accrochent », *Libération* [En ligne], 17 mars 1999, URL : http://www.liberation.fr/evenement/1999/03/17/soulagement-dans-l-union-apres-la-demission-de-la-commission-l-europe-se-cherche-de-nouvelles-tetes-_267744.
- MONTIGNY P., « Les Panama Papers et la corruption : quelles leçons pour la compliance », *Ethic Intelligence* [En ligne], avr. 2016, URL : <http://www.ethic-intelligence.com/fr/13319-les-panama-papers-et-la-corruptionquelles-lecons-pour-la-compliance/>
- NIELSEN N., « EU-wide whistleblower protection law rejected », *EU Observer* [En ligne], 23 oct. 2013, URL : <https://euobserver.com/justice/121873>
- OKOV S., « Bulgaria to overhaul anti-corruption agencies under EU Pressure », *Bloomberg*, 3 avr. 2015, URL : <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-03/bulgaria-to-overhaul-anti-corruption-agencies-under-eu-pressure>
- OUALALOU L., « Brésil : derrière la corruption, un “coup d'État à froid” ?, *Mediapart* [En ligne], 21 mars 2016, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/international/210316/bresil-derriere-la-corruption-un-coup-detat-froid>
- PARANAGUA A., « L'Amérique latine et la corruption », *Le Monde* [En ligne], 11 sept. 2012, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/09/11/l-amerique-latine-et-la-corruption_1758352_3232.html
- PIEL S., TILOUINE J., « Le bureau de Bolloré perquisitionné dans le cadre d'une enquête sur ses activités africaines », *Le Monde* [En ligne], 12 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/12/le-bureau-de-vincent-bollore-perquisitionne-dans-le-cadre-d-une-enquete-sur-ses-activites-africaines_4900874_3212.html
- PITTELLA G. et alii, « Le Parlement européen a fait un pas en avant », *Le Monde*, 26 avr. 2016, p. 23.
- PHILIPPIN Y., « Kazakhgate : les juges sur la piste d'une commission occulte de 12 millions d'euros », *Médiapart* [En ligne], 7 septembre 2015, URL : <https://www.mediapart.fr/journal/france/070915/kazakhgate-les-juges-sur-la-piste-dune-commission-occulte-de-12-millions-deuros?onglet=full>

- POLLONI C., « Si, les lettres de dénonciation des juifs sont accessibles », *L'Obs avec Rue 89* [En ligne], 24 mai 2013, URL : <http://rue89.nouvelobs.com/2013/05/24/si-les-lettres-denonciation-juifs-sont-accessibles-242588>
- PRICE, « China suspends G20 anti-corruption task force: sources », *Reuters* [En ligne], M. 20 avr. 2016, URL : www.reuters.com/article/us-china-corruption-gidUSKCN0XH0AB.
- QUATREMER J., « La Commission punit l'eurocrate par qui le scandale arrive. Paul Van Buitenen a envoyé un rapport à l'europarlement sur les fraudes de Bruxelles », *Libération*, 6 janv. 1999, p. 9
- RIVA V., « En Italie, "les juges sans moyens face à la corruption" », Interview, *Le JDD* [En ligne], 28 décembre 2014, URL: <http://www.lejdd.fr/International/Europe/Pour-Antonio-Di-Pietro-lesjuges-en-Italie-sans-moyens-face-a-la-corruption-708912>
- SALLON H., « L'attentat de Bagdad fragilise le pouvoir irakien », *Le Monde* [En ligne], 4 juill. 2016, URL: http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2016/07/04/l-attentat-debagdad-fragilise-le-pouvoir-irakien_4962939_3218.html
- SCHECTMAN J., « SEC Drops Montenegro Bribe Allegations Against Executives », *The Wall Street Journal* [En ligne], 10 mars 2014, URL : <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2014/03/10/sec-drops-montenegro-bribe-allegations-against-executives/>
- SCHENKEL M., « L'argent de l'UE nourrit la corruption », *De Standaard* [En ligne], 21 décembre 2012, URL : <http://www.voxeurop.eu/fr/content/article/3193221-l-argent-de-l-ue-nourrit-la-corruption>.
- SCOTTO M., « La Commission de Bruxelles menacée de censure au Parlement de Strasbourg », *Le Monde*, 12 janv. 1999, p. 2
- SMITH A., « "There were hundreds of us crying out for help": the afterlife of the whistleblower », *The Guardian* [En ligne], 22 novembre 2014, URL : <http://www.theguardian.com/society/2014/nov/22/there-were-hundreds-of-us-crying-out-for-help-afterlife-of-whistleblower>
- STERNGOLD J., « Kakuei Tanaka, 75, Ex-Premier and Political Force in Japan, Dies », *NY Times* [En ligne], 17 déc. 1993, URL : <http://www.nytimes.com/1993/12/17/obituaries/kakuei-tanaka-75-expremier-and-political-force-in-japan-dies.html?pagewanted=all>
- STROOBANTS J.-P., « À Bruxelles, l'affaire Dalli rebondit et éclabousse un haut fonctionnaire », *Le Monde* [En ligne], 11 mars 2016, URL: http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/03/11/a-bruxelles-laffaire-dalli-rebondit-et-eclabousse-un-haut-fonctionnaire_4881505_3214.html

- THIBAUT H., « La mystérieuse disparition du milliardaire chinois Guo Guangchang », *Le Monde* [En ligne], 11 déc. 2015, URL : http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/12/11/chine-fosun-est-sansnouvelles-de-son-patron_4829546_3234.html
- VITKINE B., « En Macédoine, un projet d'amnistie provoque des heurts dans la rue », *Le Monde* [En ligne], 13 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/04/13/en-macedoine-un-projet-d-amnistie-relance-la-contestation-du-pouvoir_4901258_3214.html
- VITKINE B., « Roumanie: première victoire pour Klaus Iohannis contre la corruption », *L'Express* [En ligne], 18 nov. 2014, URL : www.lexpress.fr/actualites/1/monde/roumanie-premiere-victoire-pour-klaus-iohannis-contre-la-corruption_1623299.html
- ZAUGG J., « Le pays des patrons qui s'évaporent », *Les Echos* [En ligne], 18 mars 2016, URL : http://www.lesechos.fr/18/03/2016/LesEchosWeekEnd/00023-008-ECWE_le-pays-des-patrons-qui-s-evaporent.htm
- Revue des médias roumains du 11 décembre 2013, *Ambassade de France en Roumanie*, n° 18530, URL : http://www.ambafrance-ro.org/IMG/pdf/RP-18530-11_12_13.pdf.
- « SCANDALS: Lockheed's Defiance: a Right to Bribe? », *Time* [En ligne], 18 août 1975, URL: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,917751,00.html>
- « Corruption: prescription pour David Mills, un ex-avocat de Berlusconi », *Le Parisien* [En ligne], 25 févr. 2010, URL : <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-monde/corruption-prescription-pour-david-mills-un-ex-avocat-de-berlusconi-25-02-2010-828883.php>
- « L'Inde affiche sa volonté de lutter contre la corruption », *Le Monde et AFP* [En ligne], 26 fév. 2011. URL: http://www.lemonde.fr/asi-pacifique/article/2011/02/16/l-inde-affiche-sa-volonte-de-lutter-contre-la-corruption_1480717_3216.html
- « Le Ghandi anti-corruption cesse sa grève de la faim », *L'Obs et AFP* [En ligne], 28 août 2011. URL: <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20110828.OBS9301/inde-le-gandhi-anti-corruption-cesse-sa-greve-de-la-faim.html>
- « L'espace Schengen recale la Bulgarie et la Roumanie », *Le Monde* [En ligne], 22 septembre 2011, URL : http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/09/22/l-espace-schengen-recale-la-bulgarie-et-la-roumanie_1576134_3214.html.
- « Des militaires belges jugés pour une fraude de 10 millions d'euros », *La Libre* [En ligne], 16 janv. 2012, URL: <http://www.lalibre.be/actu/belgique/des-militaires-belges-juges-pour-une-fraude-de-10-millions-d-euros-51b8e412e4b0de6db9c523c9>

- « Vingt ans plus tard, l'opération Mani Pulite hante encore l'Italie », *Le Point* [En ligne], 17 fév. 2012, URL : http://www.lepoint.fr/monde/vingt-ans-plus-tard-l-operation-mani-pulite-hanteencore-l-italie-17-02-2012-1432388_24.php
- « Prescription pour Berlusconi, accusé de corruption dans l'affaire Mills », *Le Figaro* [En ligne], 25 fév. 2012, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2012/02/25/97001-20120225FILWWW00342-proces-mills-prescription-pour-berlusconi.php>
- « EU freezes aid to Uganda over graft », *The Irish Times* [En ligne], 4 décembre 2012, URL: <http://www.irishtimes.com/news/eu-freezes-aid-to-uganda-over-graft-1.752566>
- « Chine : Xi Jinping veut combattre la corruption, “des mouches aux tigres” », *RTBF* [En ligne], 22 janv. 2013, URL: http://www.rtf.be/info/monde/detail_chine-xi-jinping-veut-combattre-lacorruption-des-mouches-aux-tigres?id=7912342
- « JO de Sotchi : un gouffre financier vertigineux pour la Russie », *L'Express et AFP* [En ligne], 14 mars 2013. URL: http://www.lexpress.fr/actualite/sport/jo-de-sotchi-un-gouffre-financier-vertigineux-pour-larussie_1231738.html
- « Gibraltar, une oasis économique », *Le Figaro* [En ligne], 11 août 2013, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2013/08/11/97002-20130811FILWWW00068-gibraltar-une-oasis-economique.php>
- Revue des médias roumains du 11 décembre 2013, *Ambassade de France en Roumanie*, n° 18530, URL : http://www.ambafrance-ro.org/IMG/pdf/RP-18530-11_12_13.pdf.
- « Roumanie : “jour noir” pour la lutte anticorruption », *Le Parisien* [En ligne], 11 déc. 2013, URL : <http://www.leparisien.fr/informations/roumanie-jour-noir-pour-la-lutte-anticorruption-11-12-2013-3399251.php>
- « Safran jugé en appel pour une affaire de corruption au Nigeria », *La Voix du Nord* [En ligne], 17 sept. 2014, URL : <http://www.lavoixdunord.fr/economie/safran-juge-en-appel-pour-une-affaire-de-corruption-au-nigeria-ia0b0n2384987>
- « 11 years after signing, German Parliament approves Global Corruption Agreement », 25 septembre 2014, URL: http://www.transparency.org/news/pressrelease/11_years_after_signing_german_parliament_approves_global_corruption_agreeme
- « Rolls-Royce accusé d'être impliqué dans le scandale de corruption chez Petrobras », *Romandie* [En ligne], 16 fév. 2015, URL : <http://www.romandie.com/news/RollsRoyce-accuse-detre-implique-dans-le-scandale-de-corruption-chez-Petrobras/566290.rom>
- « Une nouvelle affaire de corruption secoue l'Italie », *Tribune de Genève* [En ligne], 17 mars 2015, URL : <http://www.tdg.ch/monde/faits-divers/Unenouvelle-affaire-de-corruption-secoue-l-Italie/story/25824164>

- « Corruption : une quarantaine d'accusés jugés pour des actes mafieux à Rome », *20 minutes* [En ligne], 5 nov. 2015, URL: <http://www.20minutes.fr/monde/1724315-20151105-corruption-quarantaine-accuses-juges-actesmafieux-rome>
- « Les Danois votent contre une coopération policière renforcée avec l'UE », *Le Monde* [en Ligne], 3 déc. 2015, URL: http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/12/03/les-danois-votent-contre-une-cooperation-policiere-renforcee-avec-l-union-europeenne_4823846_3214.html
- « Corruption : l'ex-chef de la police prend 15 ans », *20 minutes* [En ligne], 12 janv. 2016, URL : <http://www.20min.ch/ro/news/monde/story/17365442>
- « Brésil/corruption : 12 ans de prison pour un ex-directeur de Petrobras », *Romandie* [En ligne], 1^{er} févr. 2016, URL : <http://www.romandie.com/news/Bresilcorruption--12-ans-de-prison-pour-un-exdirecteur-de/672385.rom>
- « Iran : un influent homme d'affaires condamné à mort pour corruption », *Le Monde et AFP* [En ligne], 6 mars 2016. URL : http://www.lemonde.fr/procheorient/article/2016/03/06/iran-un-influent-homme-d-affaires-condamne-a-mort-pour-corruption_4877413_3218.html
- « Affaire Dalli: l'immunité diplomatique du chef de l'Olaf a été levée », *RTBF* [En ligne], 10 mars 2016, URL : http://www.rtf.be/info/belgique/detail_affaire-dalli-l-immunite-diplomatique-du-chef-de-l-olaf-a-ete-levee?id=9236080
- « Au Brésil, Lula ne pourra finalement pas entrer au gouvernement », *Challenges* [En ligne], 19 mars 2016, URL : <http://www.challenges.fr/monde/ameriques/20160319.CHA6491/au-bresil-lula-ne-pourra-finalement-pas-entrer-au-gouvernement.html>
- « Brésil : Petrobras au cœur de la corruption », *Le Monde* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/04/bresilpetrobras-au-c-ur-de-la-corruption_4895173_4890278.html
- « Blanchiment, corruption, la piste secrète passe par la Suisse », *24 heures* [En ligne], 4 avr. 2016, URL : <http://www.24heures.ch/news/standard/enorme-fuite-donnees-panama-12-chefs-etat-touches/story/22165212>
- « L'UE adopte la directive controversée sur le "secret des affaires" », *La Tribune* [En ligne], 14 avr. 2016, URL : <http://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/l-ue-adopte-la-directive-controversee-sur-le-secret-des-affaires-564405.html>
- « Loi Sapin-II: Une pétition en ligne pour réclamer une meilleure protection des lanceurs d'alerte », *20 minutes* [En ligne], 21 avr. 2016, URL : <http://www.20minutes.fr/societe/1831631-20160421-loi-sapin-ii-petition-ligne-reclamer-meilleure-protection-lanceurs-alerte>

« Brésil : demande d'enquête pour corruption sur Lula, Dilma également visée selon les médias », *20 minutes* [En ligne], 4 mai 2016, URL : <http://www.20minutes.fr/monde/1839389-20160504-bresilcorruption-procureur-demande-enqueter-lula-trois-ministres-rousseff>.

D. Encyclopédies

COLLET A., « Complot », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz., 2001.

CONSTANTINESCO V., MICHEL V., « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, juin 2011, actu. avril 2015

CUTAJAR C., « BLANCHIMENT. – Éléments constitutifs. – Répression », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, Fasc. 20, 8 juill. 2016.

DINTILHAC F., « Rapprochement des législations », *Rép. europ.*, juin 2013.

FOEGLE J.-P., « Lanceur d'alerte », in *Universalis éducation* [En ligne], Encyclopædia Universalis, URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/lanceur-d-alerte>

HUET A., KOERING-JOULIN R., « Conventions internationales répressives. - Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », in *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, novembre 2007.

HUET A., KOERING-JOULIN R., « Effets en France des décisions répressives étrangères. – Autorité de la chose jugée », in *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 404-10, mai 2013.

HUET A., KOERING-JOULIN R., « Conventions internationales répressives. – Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions », in *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 406-30, mai 2014.

HUET A., KOERING-JOULIN R., « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. – Infractions commises à l'étranger », in *JurisClasseur Procédure pénale*, Fasc. 30, mars 2013.

JEANDIDIER W., « Corruption et trafic d'influence », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avr. 2014.

H. LABAYLE, « Espace de liberté, sécurité et justice . - Cadre général », in *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 2625, 1er sept. 2012.

MICHEL V., « Manquement (Recours en constatation de) », *Rép. europ.*, janv. 2015.

MUGELLINI G., « Data Sources : Prosecution and Courts » in M. E. BEARE (dir.), *Encyclopedia of Transnational Crime & Justice*, éd. Sage, 2012, pp. 100-103.

- PIN X., « Exclusion des marchés publics », in *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, avr. 2008.
- RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne. – Sources écrites », in *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. n° 190, 29 juillet 2014.
- SEGONDS M., « Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique », in *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. n° 20, 31 mars 2015.
- SIMON D., « Directive », *Rép. europ.*, mars 2012.
- VITU V. A., ROUSSEAU F., « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation », *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, juillet 2015, n° 92.

- DOCUMENTATION OFFICIELLE

A. Conventions internationales

- Convention européenne d'extradition, signée le 13 décembre 1957, entrée en vigueur le 18 avril 1960
- Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.
- Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, signée le 8 novembre 1990, en vigueur le 1^{er} septembre 1993.
- Convention interaméricaine contre la corruption, signée le 29 mars 1996, en vigueur le 3 mars 1997.
- Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997, en vigueur le 15 février 1999.
- Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, ouverte à la signature le 27 janvier 1999, en vigueur le 1er juillet 2002.
- Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe ouverte à la signature le 4 novembre 1999, en vigueur le 1er novembre 2003.
- Convention des Nations Unies contre la corruption, signée les 9 au 11 décembre 2003, en vigueur le 14 décembre 2005.

Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, signée le 11 juillet 2003, en vigueur le 5 août 2006.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, signée le 16 mai 2005, en vigueur le 1er mai 2008.

Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 15 octobre 1975.

Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, ouvert à la signature le 15 mai 2003, en vigueur le 1er février 2005.

Protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne, *JOUE C 202* du 7 juin 2016, pp. 266-272.

B. Législation européenne

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'Office européen de Lutte Antifraude (OLAF), *JOCE L 136* du 31 mai 1999.

Accord 2000/483/CE de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, *JOCE L 317* du 15 décembre 2000.

Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 remplacée par la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008.

Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 remplacée par la décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 remplacée par la directive 2011/36/UE du 5 avril 2011.

Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 remplacée par la directive 2004/68/JAI du 22 décembre 2003 remplacée par la directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011.

Action Commune du 5 décembre 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée, *JO L 344* du 15 décembre 1997.

- Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 adoptée sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, remplacée par la décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008.
- Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, *JOCE* L 358 du 31 déc. 1998.
- Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, *JOCE* L 358 du 31 déc. 1998, p. 2 et s.
- Convention entre les Etats membres des Communautés européennes relative à l'application du principe ne bis in idem, signée le 25 mai 1987.
- Convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police, signée le 26 juillet 1995, en vigueur le 1er octobre 1998, *JOCE* n° C 316 du 27/11/1995, p. 2 et s.
- Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signée le 26 juillet 1995, *JOCE* C 316 du 27 nov. 1995.
- Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, signée le 26 mai 1997, en vigueur le 28 septembre 2005, *JOCE* C 195 du 25 juin 1997, pp. 2 et s.
- Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOCE* C 184 du 02 août 2002.
- Position commune du 6 octobre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 279 du 13 oct. 1997.
- Deuxième position commune du 13 novembre 1997 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, *JOCE* L 320 du 21 nov. 1997.
- Position de la Cour des comptes européenne sur le rapport de la Commission relatif aux mesures de lutte contre la corruption, 9 avril 2014, CNL002287FR04-14PP-DEC043-14FIN

Programme d'action du Conseil relatif à la criminalité organisée, 28 avril 1997, *JOCE C* 251 du 15 août 1997.

Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 19 octobre 2000, *JOCE C* 303 du 14 déc. 2007, pp. 17 et s.

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, signé le 27 septembre 1996, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE C* 313 du 23 oct. 1996, pp. 1 et s.

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, signé le 29 novembre 1996, en vigueur le 17 octobre 2002, *JOCE C* 151 du 20 mai 1997, pp. 1 et s.

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, signé le 19 juin 1997, en vigueur le 19 mai 2009, *JOCE C* 221 du 19 juill. 1997, pp. 12 et s.

Décision de la Banque centrale européen du 3 juin 2004 relative aux conditions et modalités des enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude au sein de la Banque centrale européenne en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale préjudiciable aux intérêts financiers des Communautés européennes et portant modification des conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne, *JOUE L* 230 du 30 juin 2004, pp. 56-60.

Décision (UE) 2016/456 de la Banque centrale européenne du 4 mars 2016 relative aux conditions et modalités des enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude au sein de la Banque centrale européenne en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, *JOUE L* 79 du 30 mars 2016, pp. 34-40.

Décision du Conseil du 25 mai 1999 relative aux *conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés*, *JOCE L* 149/36 du 16 juin 1999, pp. 36-38.

Décision de la Commission du 2 juin 1999 relative *aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés*, *JOCE L* 149 du 16 juin 1999, pp. 57-59.

- Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 févr. 2002 instituant *Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*, JOCE L 63 du 6 mars 2002, pp. 1-13.
- Décision 2002/996/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 instaurant *un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme*, JOCE L 349 du 24 déc. 2002, pp. 1-3.
- Décision 2003/642/JAI du 22 juillet 2003 concernant l'application à Gibraltar de la convention relative à *la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne*, JOCE L 226 du 10 sept. 2003.
- Proposition de décision du Conseil concernant la *signature de la convention des Nations unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne*, 4 décembre 2003, COM(2003) 751 final, JOUE C 96 du 21 avril 2004.
- Décision du Conseil sur la signature, au nom de la Communauté européenne, de la *convention des Nations unies contre la corruption*, 10 mai 2005, *Bulletin UE* 2005, n°5.
- Décision du Conseil du 25 septembre 2008 relative à la *conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations unies contre la corruption*, Annexe II, JOUE L 287 du 29 oct. 2008.
- Décision de la Commission du 7 août 2006 instituant un groupe d'experts chargé d'étudier les besoins politiques en matière de données sur la criminalité et la justice pénale, JOUE L 234 du 29 août 2006, pp. 29-32.
- Décision de la Commission du 13 décembre 2006 établissant *un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Bulgarie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption et la criminalité organisée*, C(2006) 6570 final.
- Décision 2009/127/CE du Conseil du 18 décembre 2008 relative à la *conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers*, JOUE L 46 du 17 févr. 2009, pp. 6-35.
- Décision de la Commission du 6 juin 2011 instituant un *mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique* (« rapport anticorruption de l'UE »), C(2011) 3673 final.
- Décision 2011/502/UE de la Commission du 10 août 2011 portant *création du « groupe d'experts sur la traite des êtres humains »* et abrogeant la décision 2007/675/CE, JOUE L 207 du 12 août 2011.

- Décision de la Commission du 28 septembre 2011 portant *création du groupe d'experts sur la corruption*, *JOUE* C 286 du 30 sept. 2011
- Décision de la Commission du 14 févr. 2012 instituant le groupe d'experts de la Commission chargé d'étudier les besoins de données sur la criminalité et abrogeant la décision 2006/581/CE, *JOUE* C 42 du 15 févr. 2012, pp. 2-10.
- Décision de la Commission du 27 septembre 2013 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 257 du 28 sept. 2013, pp. 19-20
- Décision de la Commission du 13 novembre 2014 relative au système d'alerte précoce à l'usage des ordinateurs de la Commission et des agences exécutives, *JOUE* L 329 du 14 nov. 2014, pp. 68-80.
- Décision (UE) 2015/512 de la Commission du 25 mars 2015 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE* L 81 du 26 mars 2015, p. 4 et s.
- Décision du Comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la *création d'une Commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen*, SCH/Com-ex(98) 26 déf., *JOCE* L 239 du 22 sept. 2000.
- Décision-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 remplacée par la directive 2014/62/UE du 15 mai 2014.
- Décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, *JOCE* L 149 du 2 juin 2001.
- Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JOCE* L 182 du 5 juill. 2001.
- Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE*, L 164 du 22 juin 2002.
- Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres *JOCE* L 190 du 18 juill. 2002.
- Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *JOCE* L 203 du 1er août 2002.
- Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOUE* L 192 du 31 juill. 2003.
- Décision-cadre 2005/214/JAI du 25 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires.

Décision-cadre 2005/222/JAI du 24 février 2005 remplacée par la directive 2013/40/UE du 12 août 2013.

Décision-cadre 2002/222/JAI du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, *JOUE* L 69, 16 mars 2005.

Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation

Décision-cadre 2008/947/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

Décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne.

Décision-cadre 2009/948/JAI du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales.

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JOCE* L 39 du 14 févr. 1976, pp. 40-42.

Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JOCE* L 166 du 28 juin 1991, p. 77-82.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* L 180 du 19 juill. 2000, pp. 22-26.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2 déc. 2000, pp. 16-22.

Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JOCE* L 344 du 28 déc. 2001, pp. 76-81.

Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JOUE* L 309 du 25 nov. 2005, pp. 15-36.

- Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée, *JOUE L 214* du 4 août 2006, pp. 29-34.
- Directive 2006/123/E du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE L 376* du 27 décembre 2006, pp. 36-68.
- Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, *JOUE L 101* du 15 avr. 2011, pp. 1-11.
- Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, *JOUE L 335* du 17 déc. 2011, pp. 1-14.
- Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOUE L 178* du 28 juin 2013, pp. 66-106.
- Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, *JOUE L 218* du 14 août 2013, pp. 8-14.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOUE L 94* du 28 mars 2014, pp. 65-242.
- Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *JOUE L 127* du 29 avr. 2014.
- Rectificatif à la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *JOUE L 138* du 13 mai 2014.
- Directive 2014/56/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, *JOUE L 158* du 27 mai 2014, pp. 196-226.
- Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, *JOUE L 173* du 12 juin 2014, pp. 179-189.

Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, *JOUE L* 151 du 21 mai 2014, pp. 1-8.

Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE L* 330 du 15 novembre 2014, pp. 1-9.

Directive 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement n° 648/2012/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE L* 141 du 5 juin 2015, pp. 73-117.

Directive d'exécution (UE) 2015/2392 de la Commission du 17 décembre 2015 relative au règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le signalement aux autorités compétentes des violations potentielles ou réelles dudit règlement, *JOUE L* 332 du 18 décembre 2015, pp. 126-132.

Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE L* 157 du 15 juin 2016, pp. 1-18.

Traité constitutif de l'Union européenne (traité de Rome), signé le 25 mars 1957, en vigueur le 1^{er} janv. 1958.

Traité relatif à l'adhésion à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signé le 22 janvier 1972, en vigueur au 1er janvier 1973, *JOCE L* 73 du 27 mars 1972

Traité de Maastricht (TUE), signé le 7 févr. 1992, en vigueur le 1er nov. 1993.

Traité d'Amsterdam, signé le 2 oct. 1997, en vigueur le 1^{er} mai 1999.

Traité de Nice, signé le 26 fév. 2001, en vigueur le 1^{er} fév. 2003.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *JOUE C* 310 du 16 décembre 2004.

Traité entre les Etats membres de l'Union européenne et la République de Bulgarie et la Roumanie, *JOUE L* 157 du 21 juin 2005.

Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, en vigueur le 19 décembre 2009.

Règlement intérieur du Conseil, 6 décembre 1993, *JOCE L* 304 du 10 décembre 1993.

Règlement intérieur du GRECO, 19 oct. 2012, GRECO (2012) 26F.

Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés, *JOUE* L 312 du 23 décembre 1995, pp. 1-4.

Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995

Règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 1-7.

Règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* L 136 du 31 mai 1999, pp. 8-14.

Règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du Conseil du 22 mars 2004 *JOUE* L 124 du 27 avril 2004, pp. 1-118.

Règlement (CE) n° 1905/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 portant établissement d'un instrument de financement de la coopération au développement, *JOUE* L 378 du 27 décembre 2006, pp. 41-71.

Règlement (CE, EURATOM) n° 1302/2008 de la Commission du 17 décembre 2008 relatif à la base de données centrale sur les exclusions, *JOUE* L 344 du 20 déc. 2008, pp. 12-26.

Règlements intérieurs et de procédure du Parlement européen, mars 2011, 7ème législature, *JOUE* L 116 du 5 mai 2011.

Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, *JOUE* L 298 du 26 oct. 2012, pp. 1-96.

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, *JOUE* L 248 du 18 sept. 2013, pp. 1-22.

Règlement (UE, Euratom) n° 1023/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le statut des fonctionnaires de l'Union européenne et le régime applicable aux autres agents de l'Union européenne, *JOUE* L 287 du 29 oct. 2013, pp. 15-62.

Règlement (UE) n° 537/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission, *JOUE* L 158 du 27 mai 2014, pp. 77-112.

Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, pp. 1-61.

Règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, pp. 1-18.

Règlement (UE, EURATOM) 2015/1929 du Parlement européen et du Conseil du 28 octobre 2015 modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, *JOUE* L 286 du 30 oct. 2015, pp. 1-29.

Règlement (UE) 2015/2219 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 sur l'Agence de l'Union européenne pour la formation des services répressifs (CEPOL) et remplaçant et abrogeant la décision 2005/681/JAI du Conseil, *JOUE* L 319 du 4 déc. 2015, pp. 1-20.

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* L 135 du 24 mai 2016, pp. 53-114.

C. Législation française

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789.

Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 1er juillet 2000, p. 9944.

Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, 6 juill. 2005, p. 11136.

Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF*, 11 août 2007, p. 13466.

Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 14 nov. 2007, p. 18648.

Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, *JORF*, 31 juill. 2009, p. 12713.

- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, art. 66, *JORF*, 25 nov. 2009, p. 20192.
- Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF*, 15 mars 2011, p. 4582.
- Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF*, 30 déc. 2011, p. 22667.
- Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, *JORF*, 17 avr. 2013, p. 6465
- Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *JORF*, 26 juill. 2013, p. 12441.
- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, 12 oct. 2013, p. 16829.
- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, 7 déc. 2013, p. 19941.
- Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF*, 17 août 2014, p. 13647.
- Projet de Loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, URL : https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201606/le_senat_examine_la_loi_sapin_2.html
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.
- Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, *JORF*, 31 janv. 2009.
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- Décret n° 53-192 du 14 mars 1953, relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, *JORF*, 15 mars 1953.
- Décret n° 86-707 du 11 avril 1986 portant modification du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, *JORF*, 13 avr. 1986, p. 5427

Décret n° 95-304 du 21 mars 1995 portant publication de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, *JORF*, 22 mars 1995.

Décret n° 2002-1499 du 18 décembre 2002 portant publication de la 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, faite à Bruxelles le 26 juillet 1995, *JORF*, 26 décembre 2002.

Décret n° 2003-355 du 15 avril 2003 portant publication du 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, fait à Dublin le 27 septembre 1996, *JORF*, 18 avril 2003.

Décret n° 2006 749 du 28 juin 2006 portant publication de la convention établie sur la base de l'article K. 3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, *JORF*, 30 juin 2006.

Décret n° 2016-499 du 22 avr. 2016, *JORF* du 24 avr. 2016

Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, *JORF*, 31 mai 1997

D.Législation étrangère

- Australie

Public Interest Disclosure Act de 2013, en vigueur en janvier 2014.

- Autriche

Code criminel autrichien.

Journal Officiel Fédéral autrichien (BGBl.) III, n° 90, 27 mai 1997.

Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), 2006.

- Belgique

Code pénal belge.

- États-Unis

United States code (US Code)

Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Dodd-Franck Act. 2010.

- Hongrie

Code pénal hongrois.

- Irlande

Protected Disclosure Act de 2014, en vigueur le 15 juillet 2014.

- Italie

Décret-législatif n° 231/2001, modifié par le décret législatif n° 146/2006 sur le blanchiment d'argent puis par la loi n° 190/2012.

Loi italienne n° 190/2012.

- Luxembourg

Code pénal luxembourgeois.

- Malte

Code pénal maltais.

-

- Pays-Bas

Code pénal néerlandais.

- Portugal

Décret-Loi 190/2003

Loi portugaise 19/2008

-

- République Tchèque

Code pénal tchèque.

- Royaume-Uni

Bribery Act, adopté le 8 avril 2010, en vigueur au 1er juillet 2011.

Crimes Act de Gibraltar, n° 2011-23, en vigueur au 23 novembre 2012.

Enterprise and Regulatory Reform Act du 25 avril 2013, en vigueur le 1er octobre 2013.

- Roumanie

Ancien code pénal roumain.

Nouveau code pénal roumain.

Loi roumaine n° 286/2009.

Loi roumaine n° 187/2012.

E. Propositions et projets

Document du Conseil, *Projet de décision-cadre relative à l'application du principe "non bis in idem"*, n° 13281/1/03, 17 octobre 2003.

Proposition de la Commission du 10 août 1976, *JOCE C 222* du 22 sept. 1976.

Proposition d'acte du Conseil établissant le protocole additionnel à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE C 83* du 20 mars 1996.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 23 mai 2001, COM(2001) 272 final, *JOCE C 240 E* du 28 août 2001.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, COM(2001) 272 final, *JOCE C 240* du 28 août 2001.

Proposition modifiée de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, 16 octobre 2002, COM(2002) 577 final, *JOCE C 71 E* du 25 mars 2003.

Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 juill. 2012, COM(2012) 363 final.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, 5 févr. 2013, COM(2013) 42 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, 5 févr. 2013, COM(2013) 45 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 28 nov. 2013, COM(2013) 813 final.

Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (Euratom) n° 1074/1999, 17 mars 2011, COM(2011) 135 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), 24 mai 2006, COM(2006) 244 final.

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération et la formation des services répressifs (Europol) et abrogeant les décisions 2009/371/JAI et 2005/681/JAI, COM(2013) 173 final.

Retrait de propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité, *JOUE C* 109 du 16 avril 2013.

Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM(2013) 534 final.

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 juill. 2013, COM(2013) 535 final.

F. Jurisprudence française

Cass. crim., 21 mars 1862, Bull. crim. 1862, n° 90.

Cass. crim., 23 mars 1978, Bull. crim. 1978, no 116.

Cass. crim., 9 nov. 1995, n° 94 84.204, Bull. crim. 1995, n° 346, p. 1003.

Cass. crim., 17 mars 1999, n° 98-80.413, *Bull. crim.* 1999, n° 44, p. 104.

Cass. crim., 8 février 2006, Michel M. et Jean C., n° 05-80.488, inédit.

Cass. crim., 14 mars 2007, n° 06-81.010, *Bull. crim.* 2007, n° 83, p. 416.

Cass., ass. plén., 23 juillet 2010, n° 10-85.505, *Bull. crim.* AP, 2010, n° 2.

Cass. Crim., 6 avr. 2011, n° 11-90.009, *Bull. crim.* 2011, n° 72.

Cass. Crim., 4 avril 2012, n° 04-84.255 et 11-82.052, inédits.

Cass. Crim., 19 déc. 2012, n° 12-81.043, *Bull. crim.* 2012, n° 285.

Cass. crim., 23 octobre 2013, n° 13 83.499, *Bull. crim.* 2013, n° 201.

CA Paris, 26 fév. 2013, arrêt n° 13/09208.

CA Paris, 7 janv. 2015, arrêt n° 12/08695.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 85-188 du 22 mai 1985, Rec. p. 15, *JORF*, 23 mai 1985, p. 5795.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991, Rec. p. 91, *JORF*, 27 juill. 1991, p. 10001.

Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE L* 136 du 31 mai 1999, pp. 20-22.

Décision du Conseil du 16 avril 2007 portant attribution d'une aide macrofinancière de la Communauté à la Moldova, Préambule, cons. 9, *JOUE L* 111 du 28 avr. 2007, pp. 69-71

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2007-554 DC du 9 août 2007, cons. 14 et s., Rec. p. 303, *JORF*, 11 août 2007, p. 13478.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-72/75/82 QPC du 10 août 2010, Rec. p. 382, *JORF*, 11 déc. 2010, p. 21710.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-41 QPC du 29 sept. 2010, Rec. p. 257, *JORF*, 30 sept. 2010, p. 17783.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Rec. p. 528, *JORF*, 11 nov. 2011, p. 19005.

Décision (UE) n° 2013/478 de la Commission du 27 septembre 2013 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOUE L* 257 du 28 sept. 2013, pp. 19-20.

Décision (UE) n° 2015/512 de la Commission du 25 mars 2015 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'Office européen de Lutte antifraude (OLAF), *JOUE L* 81 du 26 mars 2015, p. 4.

G. Jurisprudence européenne

- CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, aff. C-80/86 (ECLI:EU:C:1987:431), n^{os} 13 et 14, Rec. 1987, p. 03969.
- CJCE, 20 septembre 1988, Kiwall, aff. C-252/87 (ECLI:EU:C:1988:426), Rec. 1988 p. 4753.
- CJCE, 21 septembre 1989, Commission contre République hellénique, aff. C-68/88, Rec. 1989, p. 2965.
- CJCE, Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes, 11 juin 1991, aff. C-300/89 (ECLI:EU:C:1991:244)), Rec. 1991, p. I-2867.
- CJCE, 17 mars 1993, Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes, aff. C-155/91 (ECLI:EU:C:1993:98), Rec. 1993, p. I-939.
- CJCE, 26 sept. 1996, Arcaro, aff. C-168/9 (ECLI:EU:C:1996:363), n^o42, Rec. 1996 I, p. 04705.
- CJCE, Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes, 19 septembre 2002, aff. C-336/00 (ECLI:EU:C:2002:509), Rec. 2002, p. I 7699.
- CJCE, 10 juill. 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00 (ECLI:EU:C:2003:395), Rec. 2003 I, p. 7147
- CJCE, Gde Ch., 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. 5285.
- CJCE, Gde Ch., 13 septembre 2005, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-176/03 (ECLI:EU:C:2005:542), Rec. 2005, p. I-7879.
- CJCE, 10 janvier 2006, Commission des Communautés européennes c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, aff. C-178/03 (ECLI:EU:C:2006:4), Rec. 2006, p. I-107.
- CJCE, Gde Ch., 23 octobre 2007, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), Rec. 2007, p. I-9097.
- CJCE, 6 novembre 2008, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-155/07 (ECLI:EU:C:2008:605), Rec. 2008, p. I-8103.
- CJCE, Gde Ch., 8 septembre 2009, Commission des Communautés européennes c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, aff. C-411/06 (ECLI:EU:C:2009:518), Rec. 2009, p. I-7585.

CJUE, 2e Ch., 22 décembre 2010, DEB, aff. C-279/09 (ECLI:EU:C:2010:811), Rec. 2010 I, p. 13849, point 32

CJUE, 15 déc. 2011, Afasia Knits Deutschland, aff. C-409/10 (ECLI:EU:C:2011:843).

CJUE, 21 déc. 2011, N. S. c/ Secretary of State for the Home Department, C-411/10 (ECLI:EU:C:2011:865), Rec. 2011, p. 865.

CJUE, 8e ch., 6 juin 2013, Gena Ivanova Cholakova c/ Osmo rayonno upravlenie pri Stolichna direktsia na vatreshnite raboti, aff. C-14/13 (ECLI:EU:C:2013:374).

CJUE, Gde. Ch., 26 février 2013, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 (ECLI:EU:C:2013:105).

CJUE, Gde Ch., 23 octobre 2007, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-440/05 (ECLI:EU:C:2007:625), Rec. 2007, p. I-9097.

CJUE, Gde Ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05 (ECLI:EU:C:2007:261), Rec. 2007 I, p. 03633.

CJUE, Gde ch., 14 juin 2016, *Marchiani c. Parlement*, affaire C-566/14P (ECLI:EU:C:2016:437), inédit.

Conclusions de l'avocat général D. R.-J. COLOMER, 12 sept. 2006, *Advocaten voor de wereld*, aff. C 303/05 (ECLI:EU:C:2006:552), Rec. 2007 I, p. 3633.

TPFUE, 11 juillet 2013, *AN / Commission, affaire F-111/10* (ECLI:EU:F:2013:114), inédit.

TPFUE, 11 septembre 2013, F-126/11 (ECLI:EU:F:2013:126), *José Antonio de Brito Sequiera Carvalho c/ Commission*, inédit.

TPI, 22 mars 2006, *Strack c/ Commission, affaire T-4/05*, JOUE C 121 du 20 mai 2006, p. 12.

TPI, 6 avr. 2006, *Grau c. Commission, affaire T-309/03* (ECLI:EU:T:2006:110), Rec. 2006 II, p. 1173.

TUE, 8 oct. 2014, *Bermejo Garde / CESE*, affaire T-530/12 P (ECLI:EU:T:2014:860), inédit.

H.Cour européenne des droits de l'homme

CEDH [GC], 12 févr. 2008, *Guja c. Moldova*, n° 142777/04.

CEDH, 19 févr. 2009, *Marchenko c. Ukraine*, n° 4063/04.

CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08.

CEDH, 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie, n° 40238/02.

I. Jurisprudence étrangère

BGH, décision du 25 octobre 2010 – 1 StR 57/10.

BGH, décision du 1er décembre 2010 – 2 StR 420/10

BverfG, 2 BvR 148/11.

Tribunal de Milan, 6 juillet 2011, Walz, N. 12396/92 RG N.R., N. 3531/94 RG G.I.P.

High Court of Justice (UK), jugement du 10 avril 2008, affaire CO/1567/2007: The Queen on the Application of Corner House Research and Campaign against Arms Trade.

- RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AVIS

A. Documents de travail, Intervention, rapports, réunions

ANDRE R., *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF)*, Assemblée nationale, 8 avr. 2004, n° 1533.

ARJON SCHÜTTE S., *The fish's head: Appointment and removal procedures for anti-corruption agency leadership*, U4 Issue, n° 12, mai 2015, 42 p.

BADINTER R., *Compte rendu intégral des débats sur la loi du 13 novembre 2007*, JO Sénat, n° 59, S. (C.R.), 1er nov. 2007.

BERNARD-REYMOND P., *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur les perspectives de l'Union européenne*, 26 février 2014, n° 407, pp. 67 et s.

BRANA P., *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la lutte contre la fraude dans l'Union européenne*, Assemblée nationale, 22 juin 2000, n° 2507, pp. 13-15.

CLEMENT P., LEONARD G., *Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, Assemblée nationale, juillet 2004, pp. 14 et s.

DARNE J., *Rapport relatif à la lutte contre la corruption*, n° 2001, 8 déc. 1999 adopté par le Sénat, modifiant le code pénal et le code de procédure pénale.

- DENAJA S., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique (n° 3770), après engagement de la procédure accélérée, relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, Assemblée nationale, n° 3785 et 3786, 26 mai 2016.
- GABOR T., CRUTCHER N., *Mandatory Minimum Penalties: Their Effects on Crime, Sentencing Disparities, and Justice System Expenditures*, *Rapport pour le département de la Justice canadien*, janv. 2002
- HAFNER M. et alii, *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption, Annex II – Corruption, Service de Recherche du Parlement européen*, mars 2016, PE 579.319, p. 1.
- HOLMÅS H., OTENG-ADJEI J., « Vaincre la malédiction des ressources en minéraux et combustibles au Ghana », *in Rapport de l'OCDE, Coopération pour le développement 2012 – Comment intégrer durabilité et développement*, 2012, pp. 137-147
- HUNAULT M., TAYLOR J., DISLEY E., THEBES S., BARBERI M., STEPANEK M., LEVI M., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 171) relatif à la lutte contre la corruption*, *Assemblée nationale*, n° 243, 3 octobre 2007.
- MACAULEY R., *Combattre la corruption – Incriminations*, Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, 2012.
- MATHISEN H. et alii, *How to monitor and evaluation anti-corruption agencies: Guidelines for agencies, donors, and evaluators*, U4 Issue, n° 8, sept. 2008, 77 p.
- MIDDELHOEK A. et alii, *Second rapport sur la réforme de la Commission - Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, « 5. La lutte contre la fraude et la corruption », Comité d'experts indépendants, 10 sept. 1999.
- OCDE, Banque africaine de développement, *Inventaire des lois, politiques et pratiques pour l'intégrité dans les affaires et la lutte contre la corruption dans vingt pays africains*, éd. OCDE, 2012, 207 p.
- PELLET A., *Troisième rapport sur les réserves aux traités*, Commission du droit international de l'ONU, 50ème session, A/CN.4/491, additif 4.
- PIETH M., « Assurer le succès de l'initiative de l'OCDE contre la corruption », *in Rapport de l'OCDE, Affairisme : la fin du système – Comment combattre la corruption*, 2000, p. 58.

STEPHENSON P., LEVI M., La protection des donneurs d'alerte - Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012.

Comité des droits de l'homme, 2 novembre 1987, I.P. v. Italy, décision d'admissibilité sur la communication no 204/1986, point 7.3, URL : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SelDec_2_en.pdf Conclusions de la Présidence du Conseil européen, Cannes, 26-27 juin 1995.

Conférence de négociations de la convention de l'OCDE, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés le 21 novembre 1997.

Document de travail des services de la Commission, Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document : Proposition de direction du Parlement européen et du Conseil sur le cadre juridique de l'Union relatif aux infractions et aux sanctions douanières, 13 déc. 2013, COM(2013) 513

Document de travail de la Commission sur la faisabilité d'un instrument législatif européen dans le domaine de la protection des témoins et des collaborateurs de justice, 13 nov. 2007, COM(2007) 693 final.

Discours du Ministre de la Justice irlandais, 17 juill. 2013, URL: <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/SP13000304>

Discours de B. BORZI sur l'adoption de la Convention contre la corruption par la 58ème Assemblée Générale des Nations Unies, 31 octobre 2003, PRES03-298EN

Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Promouvoir une politique appropriée en matière de paradis fiscaux, Exposé des motifs, Doc.12894.

Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2001, juin 2002, pp. 44-57.

Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2002, avril 2003, pp. 61-73.

Rapport d'activité SCPC pour l'année 2004, juillet 2005, pp. 115-137.

Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2006, juillet 2007, pp. 129-137.

Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2008, octobre 2009, pp. 113-123.

Rapport du SCPC pour l'année 2011, éd. La documentation française, 2011, pp. 171-201.

Rapport d'activité du SCPC pour l'année 2014, éd. DILA, Paris, 2015, pp. 197-242.

- Rapport de la Banque Mondiale, *Helping Countries Combat Corruption – The Role of the World Bank, Poverty Reduction and Economic Management*, The World Bank, sept. 1997. Rapport de la Commission ad hoc du Club des Juristes, *Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale*, mars 2015.
- Rapport de la commission LIB du Parlement européen sur une initiative de la République française en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, 25 oct. 2000, A5-0313/2000.
- Rapport de la Direction des affaires budgétaires du Parlement européen, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12 mai 2006, PE 373.735
- Rapport de la Direction des affaires budgétaires du Parlement européen, *Corruption and conflict of interest in the European Institutions : the effectiveness of whistleblowers*, 2011, PE 453.222.
- Rapport de la Commission sur la mise en œuvre par les États membres de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, 25 oct. 2004, COM(2004) 709 final.
- Annex to the Second Implementation Report of the Convention for the protection the Communities' financial interests, SEC(2008) 188, pp. 34-35.
- Rapport de la Commission fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, 13 déc. 2001, COM(2011) 771 final
- Rapport de la Commission au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la *lutte contre la corruption dans le secteur privé*, 18 juin 2007, COM(2007)328 final
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à *la lutte contre la corruption dans le secteur privé*, 6 juin 2011, COM(2011) 309 final.
- Rapport de la Commission, *Protection des intérêts financiers des Communautés et lutte contre la fraude*, 4 déc. 2003, COM(2003) 445 final/2.
- Deuxième rapport de la Commission - *Mise en œuvre de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles* - Article 10 de la convention, 14 févr. 2008, COM(2008) 77 final.
- Rapport de la Commission au Conseil sur *les modalités de participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO)*, 6 juin 2011, COM(2011) 307 final.

- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 1 sur la Belgique*, 3 févr. 2014, COM(2014)
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 3 sur la République tchèque*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 5 sur l'Allemagne*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 8 sur la Grèce*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 10 sur la France*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 14 sur la Lettonie*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 19 sur les Pays-Bas*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 22 sur la Portugal*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 20 sur l'Autriche*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 22 sur la Portugal*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 23 sur la Roumanie*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 24 sur la Slovaquie*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport anticorruption de l'UE, Annexe 26 sur la Finlande*, 3 févr. 2014, COM(2014) 38 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les *progrès réalisés par la Roumanie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification*, 28 janvier 2015, COM(2015) 35 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les *progrès réalisés par la Bulgarie, établi au titre du mécanisme de coopération et de vérification*, 28 janvier 2015, COM(2015) 36 final.

- Rapport de la Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté, 8 novembre 2001, A5-0390/2001, 2001/0115(COD).
- Rapport de la Commission du contrôle budgétaire (CONT) et de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIB) sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 25 mars 2014, A7-0251/2014.
- Rapport de la Commission du droit international de l'ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 63ème session, A/66/10, add. 1.
- Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur la *Lituanie*, Annexe 1 (législation), nov. 2012.
- Rapport d'évaluation Groupe d'examen de la convention ONU sur la *Lettonie*, juin 2014.
- Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur *Malte*, oct. 2014.
- Rapport d'évaluation du Groupe d'examen de la convention ONU sur la *Pologne*, juin 2015.
- Rapport de la Commission des lois du Parlement du Royaume-Uni, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001.
- Rapport du Comité de l'article 36 sur l'initiative du Royaume de Belgique visant à l'adoption par le Conseil d'un projet de position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 19 novembre 2001, Doc. n° 12837/1/01 REV 1.
- Rapport du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, coll. Les études du Conseil d'État, éd. La documentation française, 25 févr. 2016.
- Rapport de la Cour des comptes européenne, *Rapport spécial n° 13 – Aide au développement de l'Union européenne en faveur de l'Asie centrale*, Office des publications officielles des Communautés, Luxembourg, 2013.
- Rapport de la Cour des comptes européenne *Rapport Spécial n° 1/2005 relatif à la gestion de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) accompagné des réponses de la Commission*, JOUE C 202 du 18 août 2005, pp. 1-32.
- Rapport annuel Eurojust, 2003.
- Rapport explicatif de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvé le 26 mai 1997, JOCE C 191 du 23 juin 1997, pp. 1-10.

- Rapport explicatif du Conseil sur *le protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, approuvé le 19 décembre 1997, *JOCE C 11* du 15 janv. 1998, pp. 5-12
- Rapport explicatif du Conseil concernant la *convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvée le 3 décembre 1998, *JOCE C 391* du 15 déc. 1998.
- Rapport explicatif sur le deuxième protocole à la *convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, 12 mars 1990, *JOCE C 91* du 31 mars 1999.
- Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, *STE n° 173*, janv. 1999.
- Rapport explicatif de la convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, *STE n° 174*, nov. 1999.
- Rapport du House of Lords' European Union Committee, *The UK's opt-in Protocol: implications of the Government's approach*, mars 2015.
- Rapport préliminaire du groupe d'experts de la Commission européenne chargé des statistiques criminelles, *Collection of official data on corruption offences*, 2016.
- Rapport du Président du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice » à la Convention Européenne, « *Rapport final du Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice"* », 2 décembre 2002, CONV 426/02, WG X 14.
- Rapport du GRECO, Rapport de la 1ère réunion, 15 nov. 1999, GRECO (99) 7.
- Rapport du GRECO, Leçons tirées des trois cycles d'évaluation (2000-2010), 82 p.
- Programme d'activités 2015 du GRECO, 12 déc. 2014, GRECO (2014) 15F Final.
- Appendix III du Rapport de synthèse de la 68ème séance plénière, 15-19 juin 2015, GRECO(2015).
- Rapport du GRECO, 71ème réunion plénière du GRECO, 18 mars 2016, GRECO(2016)7.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur les *Pays-Bas*, 3ème cycle, thème 1, 28 mars 2003.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Finlande*, 3ème cycle, thème 1, déc. 2007
- Rapport d'évaluation du GRECO sur l'*Autriche*, 1er et 2ème cycle, 13 juin 2008.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur le *Luxembourg*, 3ème cycle, thème 1, 13 juin 2008.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Lettonie*, 3ème cycle, thème 1, 10 oct. 2008
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *France*, 3ème cycle, thème 1, 19 févr. 2009.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Belgique*, 3ème cycle, thème 1, 15 mai 2009.

- Rapport d'évaluation du GRECO sur l'Espagne, 3ème cycle, thème 1, 15 mai 2009.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur *Malte*, 3ème cycle, thème 1, 8 oct. 2009.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur l'*Allemagne*, 3ème cycle, thème 1, 4 déc. 2009.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Grèce*, 3ème cycle, thème 1, 11 juin 2010.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Hongrie*, 3ème cycle, thème 1, 11 juin 2010.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Bulgarie*, 3ème cycle, thème 1, oct. 2010.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur le *Portugal*, 3ème cycle, thème 1, 3 déc. 2010
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *Roumanie*, 3ème cycle, thème 1, 3 déc. 2010.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur la *République tchèque*, 3ème cycle, thème 1, 1er avr. 2011.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur *Chypre*, 3ème cycle, thème 1, 1er avr. 2011
- Rapport d'évaluation du GRECO sur l'*Autriche*, 3ème cycle, thème 1, 9 déc. 2011.
- Rapport d'évaluation du GRECO sur les *États-Unis*, 3ème cycle, thème 1, 9 décembre 2011.
- Rapport de conformité du GRECO sur la *Lettonie*, 3ème cycle, thème 1, 1er oct. 2010.
- Rapport de conformité du GRECO sur l'*Allemagne*, 3ème cycle, thème 1, 9 déc. 2011.
- Deuxième rapport de conformité du GRECO sur la *Finlande*, 3ème cycle, thème 1, déc. 2011
- Rapport de conformité du GRECO sur la *Grèce*, 3ème cycle, thème 1, 22 juin 2012.
- Deuxième rapport de conformité du GRECO sur *Malte*, 3ème cycle, thème 1, déc. 2013
- Deuxième rapport de conformité intérimaire du GRECO sur la *Grèce*, 3ème cycle, thème 1, 20 juin 2014.
- Troisième rapport de conformité intérimaire du GRECO sur l'*Allemagne*, 3ème cycle, thème 1, oct. 2014.
- Deuxième rapport de conformité du GRECO sur la *Roumanie*, 3ème cycle, thème, 1, déc. 2014.
- Rapport de conformité intérimaire du GRECO sur la *Roumanie*, 3ème cycle, thème 1, oct. 2015.
- Addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur la *Lettonie*, 3ème cycle, thème 1, 28 mars 2014.
- Addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur la *Bulgarie*, 3ème cycle, thème 1, 4 déc. 2015.
- Deuxième addendum au deuxième rapport de conformité du GRECO sur l'*Espagne*, 3ème cycle, thème 1, 4 déc. 2015.

- Rapport de l'OCDE, *Specialised anti-corruption institutions - Review of models*, éd. OCDE, 2008.
- Rapport de l'OCDE, *Manuel de sensibilisation au paiement de pots-de-vin et à la corruption à l'intention de vérificateurs fiscaux*, 2013.
- Rapport de l'OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, éd. OCDE, 2014.
- Rapport de l'OCDE, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, éd. OCDE, 2016.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les *États-Unis*, phase 1, 1999.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Grèce*, phase 1, juill. 1999.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'*Espagne*, phase 1, 2000.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur les *États-Unis*, *Rapport de l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, Phase 2, oct. 2002.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *France*, *Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, Phase 2, janv. 2004.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'*Espagne*, phase 2, 24 mars 2006.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *République tchèque*, Phase 2, oct. 2006.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'*Autriche*, *Rapport sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre des transactions commerciales internationales*, Phase 2, 16 févr. 2006.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le *Royaume-Uni*, *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on combating bribery in international business transactions*, Phase 2bis, oct. 2008.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur l'*Allemagne*, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Allemagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2011.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Bulgarie*, *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Bulgarie de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase, mars 2011.

- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Hongrie*, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Hongrie de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Phase 3, mars 2012.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le Royaume-Uni, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, mars 2012.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Grèce*, *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Grèce de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, juin 2012.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Suède*, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Suède de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, juin 2012
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *France*, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Phase 3, oct. 2012
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *République tchèque*, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in the Czech Republic*, Phase 3, mars 2013.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur le *Portugal*, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Portugal*, Phase 3, juin 2013.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Pologne*, *Phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Poland*, Phase 3, juin 2013.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Belgique*, Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, phase 3, oct. 2013.
- Rapport du Groupe de travail de l'OCDE sur la Lettonie, *Phase 2 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Latvia*, phase 2, oct. 2015.
- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur les *États-Unis*, *phase 3*, décembre 2002.
- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Grèce*, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Grèce de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, phase 3, juin 2012.
- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur les *États-Unis*, *United States: Follow-up to the Phase 3 report & recommendations*, phase 3, déc. 2012.
- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur la *Bulgarie*, *Bulgaria : Follow-up to the phase 3 report & recommendations* phase 3, mai 2013.

- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur l'Italie, *Italy: follow-up to the phase 3 report & recommendations*, phase 3, mai 2014.
- Rapport de suivi du Groupe de travail de l'OCDE sur le Portugal, *Portugal: follow-up to the phase 3 report & recommendations*, Phase 3, nov. 2015.
- Document du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, *Suivi de la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : procédures d'évaluation de phase 4*, 9 oct. 2015, DAF/WGB/WD(2015)32/FINAL.
- Rapport annuel de l'OLAF 2004, 1 January to 31 December 2004, 2005.
- Manuel opérationnel de l'OLAF, 1er déc. 2009.
- Rapport annuel de l'OLAF 2010, *Eleventh operational report of the European Anti-fraud Office* - 1 January to 31 December 2010, 2011.
- Rapport annuel de l'OLAF 2011, 1 January to 31 December 2011, 2012.
- Rapport de l'OLAF 2013, Quatorzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2013.
- Rapport annuel de l'OLAF 2014, Quinzième rapport de l'Office européen de lutte antifraude, du 1er janvier au 31 décembre 2014, 2015.
- Rapport annuel de l'OLAF 2015, Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2015, 2016, p. 38.
- Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report 2008 – Corruption in the water sector*, éd. Cambridge University Press, 2008.
- Rapport de Transparency International, *Timed out: Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, nov. 2010.
- Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report: Climate Change*, éd. Earthscan, 2011.
- Rapport de Transparency International France, *Système National d'Intégrité - Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, déc. 2011.
- Rapport de Transparency International, *Money, Politics, Power : corruption risks in Europe*, 6 juin 2012,
- Rapport de Transparency International, *Global Corruption Report: Education*, éd. Routledge, 2013.
- Rapport de Transparency International, *Whistleblowing in Europe - Legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013.

Rapport de Transparency International, *Gender, equality and corruption: what are the linkages ? Policy Brief*, n° 1, 2014.

Rapport de Transparency International, *Exporting corruption - Progress Report 2015 : Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*, 2015.

Rapport UNODC, *Developing Standards in Justice and Home Affairs Statistics - International and EU acquis*, avr. 2010

Rapport de l'UNODC, *Corruption, Environment and the United Nations Convention Against Corruption*, févr. 2012.

Rapport UNODC, *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*, mars 2015

Rapport du European Scrutiny Committee of the House of Commons, *Twenty-second Report of Session 2013 14*, 2013.

Rapport du European Institute for Crime Prevention and Control, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, 5ème éd., Heuni, Helsinki, 2015.

Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 25 mars 2014, A7-0251/2014, 2012/0193(COD).

Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 11 févr. 2014, PE524.832-v01-00, 2012/0193(COD).

Résultats des travaux du Coreper (25 septembre 2002) au Conseil sur l'initiative du Royaume de Danemark concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de troisième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 26 septembre 2002, Doc. n° 12215/1/02 REV 1, p. 4.

Résultats des travaux du Comité de l'article 36 en date du 1er mars 2005 sur le projet de résolution du Conseil concernant une politique globale de l'UE contre la corruption, 2 mars 2005, Doc. n° 6902/05.

Résultats des travaux du Groupe multidisciplinaire « Criminalité organisée » (GMD) sur la proposition de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne, 12 janvier 2004, Doc. n° 5193/04.

Résultats des travaux du secrétariat général du Conseil, Annexe, 18 janv. 2016, Doc. n° 5339/16.

Rapport de réunion du Secrétariat du Comité des Ministres, 2ème réunion du GMC, 25-27 sept. 1995, CM(95)149.

Réunion de la Délégation pour l'Union Européenne de l'Assemblée Nationale, *Examen de la communication sur le projet de décision-cadre relative au principe « non bis in idem »* (E 2236), 13 novembre 2003, compte-rendu n° 64.

Réunion de la Commission Justice et Affaires intérieures du Sénat, *Examen de la communication et proposition de résolution de M. Pierre FAUCHON sur le projet de décision cadre relative à l'application du principe "non bis in idem"* (E 2236), 18 novembre 2003.

Compte rendu de réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 11, 11 juin 2014.

Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption no 13, 30 juin 2015.

Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016.

Update on *Tax Legislation on the Tax Treatment of bribes to Foreign public officials in countries parties to the OECD anti bribery convention*, juin 2011.

Report of the National Institute of Statistics and Geography of Mexico and the United Nations Office on Drugs and Crime on a *road map to improve the quality and availability of crime statistics at the national and international levels*, E/CN.3/2013/11

Rapport de Pricewaterhouse et ECORYS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption*, 30 juin 2013.

Rapport TNS Political & Social, *Report – Corruption, Eurobaromètre Spécial*, n° 397, février 2014.

Rapport TNS Political & Social, *Report – Businesses' Attitudes Towards Corruption in the EU*, Eurobaromètre Flash, n° 374, février 2014.

Rapport de la DG Home de la Commission, *Collection of official data on corruption offences*, janvier 2016.

B.Actes, Communications, Livres blancs, Livres verts, mémorandum, notes, programmes, résolutions

- AMRANI MEKKI S., « Ouverture », in *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle, Actes du colloque organisée du 13 au 15 octobre 2011 à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic*, coll. Grands Colloque, éd. LGDJ, 2013, pp. 33 34.
- BERNICK E., LARKIN P., « Reconsidering Mandatory Minimum Sentences: The Arguments for and Against Potential Reforms », *The Heritage Foundation. Legal Memorandum* [En ligne], 10 févr. 2014, URL : http://thf_media.s3.amazonaws.com/2014/pdf/LM114.pdf
- DIDIER C., « L'alerte éthique. Un outil problématique au cœur de la RSE », *Colloque du Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement durable (RI - ODD)* [En ligne], Lille, juin 2009, URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00784788>.
- HEURTAUX J., « La lutte anti-corruption, enjeu transnational et usages nationaux. Le cas de la Pologne », *Conférence à l'Université Paris-Dauphine*, 15 février 2011.
- NTZIOUNI M., Attentes de la Commission en matière de lutte contre la fraude – Détection de la fraude lors d'une mission d'audit, *Séminaire des contrôles d'opérations au CICC*, 5 et 6 février 2015, slide 44. URL : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dnlf/20150206_seminaire_FRANCE_MN_final.pdf
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur, 21 mai 1997, COM(97) 192 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *La politique de développement de la Communauté européenne*, du 26 avril 2000, COM(2000) 212 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000, COM(2000) 495 final
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et Social européen sur *une politique globale de l'UE contre la corruption, Une politique anticorruption de l'Union*, 28 mai 2003, COM(2003) 317 final.
- Communication de M. Hubert Haenel lors de l'examen, au Sénat, dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, du *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 7 juill. 2004.

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Communication sur *la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres*, 19 mai 2005, COM(2005) 195 final
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur *les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.09.05 (C-176/05 Commission contre Conseil)*, 23 nov. 2005, COM(2005) 583 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Les déchéances de droits consécutives aux condamnations pénales dans l'Union européenne*, 21 févr. 2006, COM(2006) 73 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Élaboration d'une stratégie globale et cohérente de l'UE en vue de l'établissement de statistiques sur la criminalité et la justice pénale : Plan d'action de l'UE 2006-2010*, 7 août 2006, COM(2006) 347 final.
- Communication de la Commission, EUROPE 2020 - *Une stratégie pour une croissante intelligente, durable et inclusive*, 3 mars 2010, COM(2010) 2020 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur *les conséquences de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sur les procédures décisionnelles interinstitutionnelles en cours*, Addendum au COM(2009) 665 final, 12 avril 2010, COM(2010) 147 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*, 20 avril 2010, COM(2010)171 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil Bilan de la politique européenne de voisinage, 12 mai 2010, COM(2010) 207 final, JOUE C 121 du 19 avril 2011
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions sur *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*, 26 mai 2011, COM(2011) 293 final
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité Économique et Social Européen, *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, 6 juin 2011, COM(2011) 308 final.

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*, 20 sept. 2011, COM(2011) 573 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Premier rapport annuel sur la mise en œuvre de la stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne*, 25 nov. 2011, COM(2011) 790 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Évaluation de la criminalité dans l'UE : Plan d'action statistique 2011-2015*, 18 janv. 2012, COM(2011) 713 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Participation de l'Union européenne au Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe*, 19 oct. 2012, COM(2012) 604 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme, 2 févr. 2016, COM(2016) 50 final.

Communication de M. KARAMANLI sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (COM(2012) 363 final – document E 7529), *in Compte-rendu n° 20 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale*, 4 déc. 2012.

Communication officielle de la société Safran du 5 septembre 2012, URL : http://www.safran-group.com/fr/media/20120905_communication-safran

Communication de Transparency International UE, *We have an EU Anti-Corruption Report : so now what ?*, 3 févr. 2014

Communiqué de presse de la Banque mondiale, « La Banque mondiale radie SNC-Lavalin Inc. et ses filiales pour dix ans », 17 avril 2013, URL : <http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2013/04/17/world-bank-debars-snc-lavalin-inc-and-its-affiliates-for-ten-years>

Communiqué de la Présidence du Conseil sur son discours prononcé lors de la première session du comité ad hoc pour la négociation de la convention des Nations Unies contre la corruption, 21 janvier 2002, PRES02-004EN, http://eu-un.europa.eu/u/articles/fr/article_1081_fr.htm.

Communiqué de presse du Conseil JAI, 7991/02, 25 et 26 avril 2002.

Communiqué de presse du Conseil JAI, Doc. n° 10578/14, 5 et 6 juin 2014.

- Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission nomme un coordonnateur européen de la lutte contre la traite des êtres humains », 14 déc. 2010, IP/10/1715.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission lutte contre la corruption: un engagement plus fort pour de meilleurs résultats », 6 juin 2011, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_fr.htm
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission adopte de nouvelles lignes directrices pour rappeler à ses fonctionnaires et agents leur obligation de dénoncer les dysfonctionnements », 6 déc. 2012, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1326_fr.htm
- Communiqué de presse de la Cour constitutionnelle roumaine, 15 janv. 2014, URL : <http://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-75>
- Communiqué de presse de la Médiatrice européen, *La Médiatrice demande à la Commission d'inclure la performance de l'administration de l'UE dans le prochain rapport anticorruption*, 4 févr. 2014, n° 4/2014.
- Communiqué de presse de l'OLAF, n° 12, 16 juin 2016, URL : http://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/16-06-2016/olaf-and-european-central-bank-step-their-cooperation_fr
- Communiqué de presse de l'OLAF n° 15, 5 octobre 2015, URL : https://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/press-releases/olaf-dna-joint-investigation-fraud-and-corruption-free-food-programme_en
- Compte-rendu de la réunion du groupe d'experts sur la corruption n° 14, 27 janvier 2016
- Conclusions de la Présidence du Conseil européen lors du sommet de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.
- Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Laeken, 14/15 décembre 2001, Annexe I : Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne, Bulletin de l'Union européenne, 2001, no 12, pp. 20 25.
- Conclusions du Conseil du 17 octobre 2006, Doc. no 13339/06.
- Conclusions du Conseil sur le rapport anticorruption de l'UE, 5 et 6 juin 2014
- Courrier du vice-président de la Commission, 17 sept. 2013, C(2013) 5888 final.
- Déclaration du Parlement européen du 18 mai 2010 sur les efforts de l'Union européenne dans la lutte contre la corruption, 18 mai 2010, T7-0176/2010.

Débat en plénière au Parlement européen, Mécanisme de coopération et de vérification: méthodologie, application actuelle et évolution à venir, 13 mars 2013, 2013/2568(RSP).

Décision de la Médiatrice européenne sur des règles internes en matière de divulgation dans l'intérêt général (« alerte éthique »), 26 févr. 2015, aff. OI/1/2014/PMC.

Décision de la Médiatrice européenne sur des règles internes en matière de divulgation dans l'intérêt général (« alerte éthique »), 26 févr. 2015, aff. OI/1/2014/PMC, URL : <http://www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/correspondence.faces/fr/59102/html.bookmark>

Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/1/2014/PMC concerning whistleblowing, 26 févr. 2016, aff. OI/1/2014/PMC, URL : www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/decision.faces/fr/59114/html.bookmark

Déclaration d'Angel Gurría (Secrétaire général de l'OCDE), 7 décembre 2009. URL : [w.ww.oecd.org/fr/corruption/lesgouvernementsconviennentderenforcerlaluttecontrolacorrupcion.htm](http://www.oecd.org/fr/corruption/lesgouvernementsconviennentderenforcerlaluttecontrolacorrupcion.htm)

Délibération CNIL no 2010-275 du 1er juillet 2010.

Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE C 115 du 4 mai 2010.

Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE C 53 du 3 mars 2005, pp. 1-14.

Livre blanc de la Commission européenne, *Moderniser la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans l'UE – Vers l'avenir*, 3 juill. 2009, COM(2009) 324 final

Livre vert de la 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.

Livre vert de la Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avril 2004, COM(2004) 334 final.

Livre vert de la Commission européenne, *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, 23 déc. 2005, COM(2005) 696 final.

OCDE, « Adhésion prochaine de la Lettonie à la Convention anticorruption de l'OCDE », 7 avril 2014, <http://www.oecd.org/fr/corruption/adhesion-prochaine-de-la-lettonie-a-la-convention-anticorruption-de-locde.htm>.

Note du Comité de l'article 36 sur le projet de deuxième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 29 mai 2002, Doc. n° 8897/3/02 REV 3.

Note du Conseil, Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 14 juin 2002, 9953/02.

Note de transmission du Conseil, 12 sept. 2007, Doc. n° 12025/1/07.

Note de synthèse du Ministère de la Justice danois, 25 novembre 2014, Doc. n° 1390408.

Note du Conseil JAI, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH, Annexe, 10 juin 2013, Doc. 10729/13.

Note du Conseil JAI, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH, Annexe, 10 juin 2013, Doc. 10729/13.

Note du Coreper sur la position commune du Conseil relative à la convention des Nations Unies contre la corruption : préparation à la 1ère conférence des parties à la convention des Nations Unies contre la corruption, qui se tiendra du 10 au 14 décembre 2006, 30 novembre 2006, Doc. n° 16028/06.

Note du Coreper sur le projet de position du Conseil de l'Union européenne et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, relative à la convention des Nations Unies contre la corruption - assistance technique : préparation à la 2ème Conférence des parties à la Convention des Nations unies contre la corruption, qui se tiendra du 28 janvier au 1er février 2008, 17 janvier 2008, Doc. n° 5359/08.

Note de la délégation française, *réponses au questionnaire de la Commission dans le cadre de la consultation publique sur la future évaluation européenne des efforts de lutte contre la corruption*, déc. 2010.

Note de la future présidence irlandaise du Conseil, 19 déc. 2003, Doc. n° 16302/03.

Note de la présidence du Conseil, *Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal*, 27 nov. 2009, Doc. n° 16542/2/09 REV 2.

Note de la Présidence du Conseil au Comité de coordination dans le domaine de la *coopération policière et judiciaire en matière pénale (CATS)*, 16 novembre 2012, Doc. n° 14806/1.

Note de la Présidence du Conseil, 11 déc. 2012, Doc. 17359/12.

Note de la Présidence du Conseil, 20 déc. 2012, Doc. 18058/12.

Note de la Présidence du Conseil au Groupe Droit pénal matériel (DROIPEN), 20 décembre 2012, Doc. n° 18058/12.

Note de la Présidence du Conseil au Comité des représentants permanents des gouvernements des Etats membres de l'UE, 23 mai 2013, Doc. n° 9547/2/13.

Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI, 3 juin 2013, Doc. n° 10232/13.

Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI, 22 sept. 2014, Doc. n° 13472/14.

Note de la Présidence du Conseil, 27 nov. 2014, Doc n° 15221/14.

Addendum à la note du Conseil, Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 17 juin 2002, 9953/02, ADD 1.

Note du secrétariat général du Conseil sur l'adoption dans les langues officielles de l'Union européenne de la position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration d'une convention des Nations Unies contre la corruption, 19 novembre 2001, Doc. n° 14114/01.

Note du secrétariat du Conseil sur l'adoption dans les langues officielles d'une deuxième position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 29 mai 2002, Doc. n° 9375/02.

Note du secrétariat du Conseil sur l'adoption, dans les langues officielles, d'une troisième position commune définie par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, point a), du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 25 septembre 2002, Doc. n° 12329/02.

Note du secrétariat général du Conseil sur les négociations de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 15 février 2003, Doc. n° 5909/03

Note du Secrétariat général du Conseil sur la publication au Journal officiel des première, deuxième et troisième positions communes définies par le Conseil sur la base de l'article 34, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration de la convention des Nations Unies contre la corruption, 5 déc. 2003, réf. 15678/03.

Note du Secrétariat du Conseil, 8 avr. 2005, Doc. n° 6901/2/05 REV 2.

Note du secrétariat général du Conseil sur le projet de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne (orientations communes), 18 avril 2005, Doc. n° 7984/05.

Note du secrétariat général du Conseil sur l'adoption d'un projet de position sur l'assistance technique : préparation à la 3ème conférence des États parties à la convention des Nations Unies contre la corruption (Doha, Qatar, 9 au 13 novembre 2009), 8 octobre 2009, Doc. n° 14022/09.

Note du Secrétariat général du Conseil, 11 déc. 2015, Doc. n° 11384/15.

Note d'information du Secrétariat des Nations Unies, *Five Years of UNCAC Reviews - What have we learned*, 16 sept. 2015, CTOC/COP/WG.8/2015/CRP.3

Note de la Présidence du Conseil, Note from the Presidency of the Council to the Working Party on Substantive Criminal Law - Annex, 11 février 2013, Doc. n° 284/13.

Note de la Présidence du Conseil, 30 avr. 2013, Doc. 8888/13

Note de la Présidence du Conseil, Note from the Presidency of the Council to the Coreper, 17 mai 2013, Doc. n° 9547/13.

Note de la Présidence du Conseil au Conseil JAI - Annexe, 3 juin 2013, Doc. n° 10232/13.

Note de la SNC Lavalin Inc., *Notes afférentes aux états financiers consolidés intermédiaires résumés*, T4, 2014, pp. 30-34.

Outcome of Proceeding of the Council JAI (6 June 2013) on a *General Approach about the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law* - Annex, 10 juin 2013, Doc. n° 10729/13.

Prévention et contrôle de la criminalité organisée : une stratégie de l'Union européenne pour le prochain millénaire, 27 mars 2000, *JOCE C 124* du 3 mai 2000, pp. 1-33

Recommandation n° 10 E du Comité des Ministres aux États membres sur les codes de conduite des agents publics, 11 mai 2000.

Recommandation du Conseil sur *l'amélioration du comportement éthique dans le service public incluant les principes propres à favoriser la gestion de l'éthique dans le service public*, 23 avr. 1998, C(98)70/FINAL.

Recommandation No R(2000) 10 du Comité des Ministres aux États membres sur *les codes de conduite pour les agents publics*, 11 mai 2000.

Recommandation Rec(2003)4 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, 8 avr. 2003.

Recommandation du Conseil sur *les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 25 mai 2009, C(2009)64.

- Recommandation du Conseil visant à *renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 26 nov. 2009, C(2009)159/REV1/FINAL, dans sa version amendée du 18 févr. 2010, C(2010)19.
- Recommandation du Conseil de l'Europe, *Protection des lanceurs d'alerte*, 30 avr. 2014, CM/Rec(2014)7.
- Recommandations du GAFI, Les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, 1990, URL : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/Recommandations%20GAFI%201990.pdf>
- Recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, févr. 2012, URL : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf
- Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, éd. OCDE, 2011.
- Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution statutaire (93) 28 sur les accords partiels et élargis, 14 mai 1993.
- Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 relative à *la protection juridique des intérêts financiers des Communautés*, JOCE C 355 du 14 déc. 1994.
- Résolution (96)36 établissant les *critères relatifs aux accords partiels et élargis du Conseil de l'Europe*, 17 oct. 1996.
- Résolution 97(24) du Conseil de l'Europe portant *vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption*, 6 nov. 1997.
- Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (98) 7 portant autorisation de créer l'accord partiel et élargi établissant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO », 5 mai 1998.
- Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (99) 5 instituant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO », 1er mai 1999.
- Résolution (99) 5 instituant le « Groupe d'États contre la corruption - GRECO », 1er mai 1999.
- Résolution Res(2002)6 autorisant la continuation de l'Accord partiel et élargi « Groupe d'États contre la corruption – GRECO », 18 avril 2002.
- Résolution du Conseil sur la communication de la Commission, *Une politique globale de l'UE contre la corruption*, 14 avril 2005, *Bulletin UE* 2005, n° 4.
- Résolution 2060(2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

- Résolution du Parlement européen sur *la lutte contre la corruption en Europe*, 15 décembre 1995, *JOCE C 17* du 22 janv. 1996
- Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur *une politique anticorruption de l'Union*, 6 octobre 1998, A4-0285/98, *JOCE C 328* du 26 octobre 1998.
- Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission sur la protection des intérêts financiers des Communautés - *Lutte antifraude - Pour une approche stratégique globale*, 4 décembre 2000, T5-0564/2000, 2000/2279(COS), *JOCE C 232* du 17 août 2001.
- Résolution législative du Parlement européen sur la *proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté*, 29 novembre 2001, C5-0225/2001, 2001/0115(COD), *JOCE C 153 E* du 27 juin 2002.
- Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social « Lutte contre la corruption : instruments et recommandations », 4 déc. 2003, T5-0542/2003.
- Résolution législative du Parlement européen sur *l'initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé*, *JOUE CE 25* du 29 janv. 2004, pp. 158 et s.
- Résolution législative du Parlement européen du 20 novembre 2008 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), T6-0553/2008.
- Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2009 sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens – programme de Stockholm, P7_TA(2009)0090.
- Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2011 sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption, *Comblent l'écart entre la législation relative à la lutte contre la corruption et la réalité* P7_TA(2011)0388, *JOUE C 51 E* du 22 février 2013.
- Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur *la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre* (rapport final), P7_TA-PROV(2013)0444, 2013/2107(INI).
- Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, T7-0230/2014.

Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre *la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal*, T7-0427/2014, 2012/0193(COD).

Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la *protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon*, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, T7-0441/2014.

Résolution du Parlement européen du 11 mars 2015 sur le rapport annuel 2013 sur la protection des intérêts financiers de l'Union, T8-0062/2015.

Résolution du Parlement européen du 29 octobre 2015 sur le suivi de la résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'Union européenne, T8-0388/2015.

Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 contenant des recommandations à la Commission en vue de *favoriser la transparence, la coordination et la convergence des politiques en matière d'impôt sur les sociétés au sein de l'Union*, 16 déc. 2015, T8-0457/2015.

Réaction de la Commission à la résolution du Parlement européen sur *la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux: recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre* (rapport final), 29 janv. 2014.

Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière, 20 mai 2014, SP(2014) 446, 2013/0091 (COD).

Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière par le Parlement européen, 9 juillet 2014, SP(2014).

Résolution du Sénat tchèque, Resolution of the Senate on the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, 30 janv. 2013.

Opinion du Riksdag (examen de subsidiarité) sur la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal: « In the Swedish Parliament's opinion there are insufficient grounds for tying the Member States' penalty levels to particular financial thresholds in this way ». URL: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/reactions/reactions_other/npo/docs/sweden/2012/com20120363/com20120363_rikstag_opinion_en.pdf

C. Avis, études, notes, traductions, billets de blog

VINCENT B. S., HOFER P. J., *The Consequences of Mandatory Minimum Prison Terms: A Summary of Recent Findings*, Federal Judicial Center, 1994

Avis du service juridique du Conseil sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 22 octobre 2012, Doc. n° 15309/12, 2012/0193(COD).

Avis de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la base juridique de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, 29 novembre 2012, PE500.747, 2012/0193(COD).

Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision cadre 2000/383/JAI du Conseil », 23 mai 2013, CES2896/2013.

Avis du Comité économique et social européen sur les « Propositions visant à lutter contre la corruption dans l'Union européenne : prise en compte des préoccupations des entreprises et de la société civile - avis d'initiative », *JOUE C 13* du 15 janv. 2016.

Avis n° 2016-02 du 18 février 2016, *JORF* du 3 mars 2016, texte n° 126.

Avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 24 mars 2016, registre n° 391.262.

Courrier du 5 juin 2012 de l'association anticorruption Sherpa à la Commission européenne à propos des pratiques commerciales illicites du groupe industriel Alstom.
URL : <https://www.asso-sherpa.org/pratiques-illicites-du-groupe-alstom-t-lettre-ouverte-aux-autorites-europeennes>

Étude de la Commission européenne, *Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les états membres des Communautés européennes*, vol. II, Luxembourg, 1994.

Étude de législation comparée du service des études juridiques du Sénat, *Les peines minimales obligatoires*, n° 165, sept. 2006

Étude par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Evaluation de la capacité des agences anti-corruption*, oct. 2011, 141 p.

Étude annuelle du Conseil d'État, *Le droit souple*, éd. *La Documentation française*, 2013, 297 p.

Étude du cabinet GHK, *Study on the legal framework for the protection of EU financial interests by criminal law RS 2011/07 - Final Report*, 4 mai 2012.

Commission Staff Working Document, Annex to the Report from the Commission based on Article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on *combating corruption in the private sector*, 18 juin 2007, COM(2007) 328 final.

Commission staff working paper, Annex to the second Report from the Commission - *Implementation of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests and its protocols* - Article 10 of the Convention, 14 févr. 2008, SEC(2008) 0188 final.

Commission Staff Working paper to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Accompanying the document *Communication from the commission on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations: An integrated policy to safeguard taxpayers' money*, 26 mai 2011, SEC(2011) 621 final

Commission Staff Working Paper Accompanying document to *the Draft Commission decision on establishing an EU anti-corruption reporting mechanism for periodical evaluation* (« EU Anti-Corruption Report »), 2011.

Commission Staff Working Paper, Impact Assessment (Part I) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, 11 juill. 2012, SWD(2012) 195 final.

Study on the legal framework for the protection of EU financial interest by criminal law, RS 2011/07, 4 mai 2012.

BOHN M. A., « What exactly is disgorgement? », *The FCPA Blog* [En ligne], 17 mars 2011, URL : <http://www.fcpablog.com/blog/2011/3/17/what-exactly-is-disgorgement.html>

CASSIN R. L. « Pfizer joins our top ten disgorgement list », *The FCPA Blog* [En ligne], 8 août 2012, URL : www.fcpablog.com/blog/2012/8/8/pfizer-joins-our-top-ten-disgorgement-list.html

CASSIN R. L., « Magyar Telekom execs lose motion to dismiss », *The FCPA Blog* [En ligne], 11 févr. 2013, URL : <http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html>

- CASSIN R. L., « SEC drops some charges against former Magyar Telekom execs », *The FCPA Blog* [En ligne], 11 mars 2014, URL : <http://www.fcablog.com/blog/2014/3/11/sec-drops-some-charges-against-former-magyar-telekom-execs.html>
- EBERSOLE J., « SEC says it proved some claims against Telecom's Ex-Brass », *Law360* [En ligne], 17 nov. 2015, URL : <http://www.law360.com/articles/727829>
- CASSIN R. L., « SFO: In first DPA, ICBC Standard Bank fined \$33 million for failing to prevent Tanzania bribes », *The FCPA Blog* [En ligne], 30 nov. 2015, URL : <http://www.fcablog.com/blog/2015/11/30/sfo-in-first-dpa-icbc-standard-bank-fined-33-million-for-fai.html>.
- FULLBRIGHT N. R., *Traduction en français de la Loi britannique sur la corruption* (UK Bribery Act 2010), mai 2011.
- KALB S., BOHN M. A., « An examination of the SEC's application of disgorgement in FCPA resolutions », *Corporate Compliance Insights* [En ligne], 4 déc. 2010, URL : <http://corporatecomplianceinsights.com/disgorgement-fcpa-how-applied-calculated/Bibliographie>
- KOENIG B., « Hungarian Telecom Ex-Brass seek toss of SEC's bribe suit », *Law360* [En ligne], 6 oct. 2015 URL : <http://www.law360.com/articles/711456/hungarian-telecom-ex-brass-seek-toss-of-sec-s-bribe-suit>
- PERINAUD C., « Europe and "Whistleblowers" : still a bumpy road », *Free Group* [En ligne], 21 mai 2015, URL : <https://free-group.eu/2015/05/21/europe-and-whistleblowers-still-a-bumpy-road>
- QUILLÉROU C., « Bataille institutionnelle entre l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et son comité de surveillance : les députés européens ont tranché en faveur du second », Blog Le portail de référence pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice, 2015, URL : <https://eulogos.blogactiv.eu/2015/06/23/bataille-institutionnelle-entre-loffice-europeen-de-lutte-antifraude-olaf-et-son-comite-de-surveillance-les-deputes-europeens-ont-tranche-en-faveur-du-second/>
- SALVATI A., « "Version un niveau élevé de responsabilité, de transparence et d'intégrité au sein des institutions européennes). Compte-rendu de l'audition commune du 26 mars 2015 », EU-Logos Athéna [En ligne], URL : <https://europe-liberte-securite-justice.org/2015/04/19/vers-un-niveau-eleve-de-responsabilite-de-transparence-et-dintegrite-au-sein-des-institutions-europeennes-compte-rendu-de-laudition-commune-du-26-mars-2015/>

- « Serious Fraud Office enters into first deferred prosecution agreement in the UK », Cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer [En ligne], 2 déc. 2015, URL : http://knowledge.freshfields.com/en/global/r/1333/serious_fraud_office_enters_into_first_deferred
- « In Depth On The Magyar Telekom and Deutsche Telekom Enforcement Action », *The FCPA Professor* [En ligne], 5 janv. 2012, URL : <http://fcpprofessor.com/in-depth-on-the-magyar-telekom-and-deutsche-telekom-enforcement-action/>
- « The Problem With FCPA Enforcement? Look No Further Than BizJet / Lufthansa Technik », *FCPA Professor* [En ligne], 12 avr. 2012, URL : <http://fcpprofessor.com/the-problem-with-fcpa-enforcement-look-no-further-than-bizjet-lufthansa-technik>

SITOGRAPHIE

Principaux sites Internet permettant de retrouver l'ensemble des documents officiels concernant la lutte contre la corruption.

EUR-Lex : Accès au droit de l'Union européenne. L'Union européenne (UE) dispose de son propre système juridique, dont les grands principes et règles sont inscrits dans les traités fondateurs. Ce site permet de visualiser les textes intégraux et l'ensemble des documents juridiques de l'UE. Plusieurs collections sont disponibles : Traités, Législation, Législation consolidée, Documents AELE, Actes préparatoires, Jurisprudence de l'Union, Questions parlementaires, Accords internationaux.

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Registre des documents du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne. Les documents du Conseil et du Conseil européen sont disponibles dans le registre public, conformément aux règles de l'UE en matière de transparence. Il est possible de consulter les publications du Conseil, d'accéder aux archives et d'effectuer des recherches sur les actes législatifs que le Conseil négocie avec le Parlement européen.

<http://www.consilium.europa.eu/register/fr/content/int/?lang=fr&typ=ADV>

Observatoire législatif du Parlement européen. L'Observatoire permet de suivre toutes les procédures législatives et non législatives de l'UE examinées par le Parlement européen. C'est un instrument de suivi du processus décisionnel de l'UE, avec un accent particulier mis sur les activités du Parlement européen. Le site englobe des informations sur les activités du Parlement, non seulement lorsqu'il exerce ses pouvoirs législatifs mais aussi ses pouvoirs budgétaires, son droit d'initiative, son pouvoir d'approuver des nominations ainsi que certains accords internationaux, son pouvoir de révoquer une délégation de pouvoir à la Commission ou de s'opposer à un acte délégué. L'Observatoire législatif publie des données complètes en anglais et en français. Le site contient toutes les procédures en cours, quelle que soit leur date de

création, et toutes les procédures qui ont été soumises au Parlement européen depuis le début de la quatrième législature.

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/search/search.do?searchTab=y>

Registre des documents de la Commission. L'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne octroie aux citoyens et résidents des Etats membres un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. registre répertoriant dans un premier temps certaines catégories de documents, notamment les documents législatifs : il s'agit des documents portant les cotes COM, C et SEC ainsi que d'autres catégories tels les Ordres du jour et les Procès-verbaux des réunions de la Commission. Ce registre contient uniquement des références aux documents produits depuis le 1er janvier 2001.

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=search&language=fr>

UNODC- Office des Nations unies contre la drogue et le crime. Site permettant de retrouver l'ensemble des textes et éléments clés concernant la convention des Nations unies contre la corruption : historique, signatures et ratifications en cours, l'actualité des différents groupes de travail, l'ensemble des publications.

<http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/>

OCDE- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. La mission de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) est de promouvoir les politiques qui amélioreront le bien-être économique et social partout dans le monde. L'OCDE offre aux gouvernements un forum où ils peuvent conjuguer leurs efforts, partager leurs expériences et chercher des solutions à des problèmes communs, notamment la corruption. Les examens mutuels des gouvernements, la surveillance multilatérale et la pression exercée par les pairs sont la clé de l'efficacité de l'OCDE. On peut citer comme exemple de travaux menés par le Groupe de travail sur la corruption, qui suit la mise en œuvre par les pays signataires de la

Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Le site regroupe l'ensemble des textes et documents de travail produits par l'OCDE.

<http://www.oecd.org/fr/corruption/>

GRECO- Groupe d'Etats contre la corruption. Le Conseil de l'Europe a élaboré un certain nombre d'instruments juridiques pour lutter contre la corruption dans les secteurs public et privé. Ces instruments ont pour objectif d'améliorer la capacité des Etats à lutter contre la corruption aux niveaux tant nationaux qu'international. Le suivi du respect de ces normes a été confié au Groupe d'Etats contre la Corruption, dénommé GRECO, créé en 1999. Le site regroupe l'ensemble des textes et documents de travail du GRECO.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_fr.asp

Index Thématique

A

Agence anticorruption 584-592

Avantage 10, 24, 83, 325, 330, 354, 356

B

Base juridique 459-476

C

Charte des droits fondamentaux 179-191

Chef d'entreprise 112-118, 121, 125, 507

CJUE/CJCE 103, 109, 178, 192-219, 281-289, 470

Compétence personnelle active 136-138, 265, 438-443

Compétence personnelle passive 139, 141, 266

Compétence territoriale 136-138, 265, 431-432, 434

Compétence (autres) 140, 269-272

Complicité 80, 89-92, 135, 149, 245, 250, 259, 298, 349, 415, 554

Conseil de l'Europe 34, 45, 68, 86, 131, 152, 181, 225, 241, 288, 325, 518, 559, 603, 678

Confiscation 352

D

Devoirs officiels (violation) 81-82, 86, 327, 330-333, 557, 575

E

Élus 41, 78, 139, 338, 570-573

Évaluation mutuelle 666-690

G

Gel 303, 352

GRECO 116, 678-684, 731-741

I

Immunité 75, 78, 452, 619, 636-641, 784

Instigation 80, 89-92, 135, 149, 245, 250, 259, 298, 349, 415, 554

L

Lanceur d'alerte (whistleblower) 580, 601-627

M

Mandat d'arrêt européen 187, 272, 388-394, 439, 638, 695

N

Ne bis in idem 156-191, 213, 588, 631-632

O

OCDE 32-35, 38, 75, 91, 94, 131, 138, 518, 670-677

OLAF 19, 295, 303, 308, 443, 531, 611-612, 641, 646-805

ONU 34, 529-531, 685-690

Opt in / Opt out 209, 477-491

P

Peine complémentaire 252

Peine plancher 382-405

Personnes morales 119-133, 253-160, 411-427, 564-568

Préjudice 309, 336, 354-355, 357-360, 365, 369-370, 378, 801

Prescription 444-456, 477, 497, 504, 580, 640, 793

Principe de proportionnalité 107, 164, 185, 361, 385, 388, 398

Principe de subsidiarité 53, 97, 247, 361-362, 379, 446, 499, 504, 762,

R

Rapport anticorruption de l'UE 10, 24, 52, 691-711

Rapport de conformité 650-665

Réserves 35-36, 130, 137, 142-143, 163, 166-179, 184, 201-205, 305, 330, 435, 440, 559

S

Secret défense 642-645

Statistiques criminelles 714-730

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES EXPRESSIONS UTILISÉES	4
INTRODUCTION	9
<i>PREMIÈRE PARTIE • LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE D'UN CADRE JURIDIQUE</i>	
ANTICORRUPTION PROPRE A L'UNION EUROPEENNE	55
Titre I - Le maintien des instruments intergouvernementaux après le Traité de Lisbonne	57
CHAPITRE I – La convention du 26 mai 1997 : la protection du secteur public européen contre la corruption	60
SECTION I. Les définitions « modèles » des infractions et des sanctions	61
I. L'incrimination de la corruption commise dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice	62
A. La définition à géométrie variable du fonctionnaire	62
1. La définition autonome du « fonctionnaire communautaire »	63
2. Le renvoi au droit de l'État membre pour le « fonctionnaire national »	64
B. L'extension des incriminations au-delà de la protection des intérêts financiers des Communautés	67
II. Une marge d'appréciation importante dans l'imputabilité et la sanction des infractions de corruption	70
A. La responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction	70
1. L'extension des sanctions pénales à d'autres comportements	70
a. L'absence de définition de la complicité et de l'instigation	71
b. L'absence d'incrimination de l'association de malfaiteurs et de la tentative	72
2. Le recours à un nouveau standard en matière de sanction	75
a. Une harmonisation limitée dans le cadre du 3 ^{ème} pilier	75
b. Des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives	78
B. L'imputation de l'infraction de corruption à d'autres responsables	82
1. La responsabilité pénale du chef d'entreprise en cas de corruption active commise par un salarié	82
a. Une harmonisation minimale des conditions d'engagement de la responsabilité	83
b. Un abandon progressif de la responsabilité pénale du chef d'entreprise	85
2. La responsabilité des personnes morales limitée à la protection des intérêts financiers des Communautés	87

a. Une définition précise des critères d'imputation	89
b. Une définition floue des sanctions encourues	92
SECTION II. Des règles de poursuite spécifiques pour les actes de corruption	95
I. L'extension facultative des compétences en cas de corruption transnationale	96
A. Des compétences classiques : compétence territoriale et personnalité active	96
B. Des compétences originales : « personnalité passive » et siège de l'institution communautaire	98
II. Les incitations à la coopération et à la centralisation des poursuites	103
A. D'une obligation vague à une obligation générale de coopération judiciaire	103
B. L'application transnationale du principe <i>ne bis in idem</i>	108
1. Une application conditionnée par de nombreuses exceptions	108
a. Un abandon limité de souveraineté	108
b. Une position incertaine de la France en l'absence de déclaration	114
2. Une suppression des exceptions par la Charte des droits fondamentaux ?	119
SECTION III. Un faible contrôle juridictionnel	127
I. La reconnaissance d'un contrôle limité de la CJCE	128
A. La reprise du schéma type des compétences des conventions du 3 ^{ème} pilier	129
B. Des déclarations variées et imprécises	131
II. L'effet incertain des évolutions du droit primaire sur la compétence de la CJCE	133
CHAPITRE II – La décision-cadre du 22 juillet 2003 : la protection de la concurrence contre la corruption	140
SECTION I. L'incrimination obligatoire de la corruption dans le secteur privé	147
I. Une définition large des comportements prohibés	148
II. Une définition plus précise du régime des sanctions	153
A. La fixation d'un niveau de peine minimum pour les personnes physiques	154
B. L'extension de la responsabilité des personnes morales à tous les comportements prohibés	157
SECTION II. Une mise en œuvre restreinte et tardive	160
I. L'application de la décision-cadre dans l'espace	161
A. La compétence limitée des États membres pour poursuivre la corruption du secteur privé	162
1. L'articulation classique de la compétence territoriale et extraterritoriale	162
2. Le critère du bénéficiaire de l'infraction : un principe de territorialité ?	163
B. L'extension de la décision-cadre au territoire de Gibraltar	166
II. L'application et l'évaluation de la décision-cadre dans le temps	168
A. Une transposition tardive de la décision-cadre	169
B. Un renforcement du contrôle juridictionnel après le traité de Lisbonne	169

TITRE II - LA COMMUNAUTARISATION INACHEVÉE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION	177
CHAPITRE I – Le retour vers une harmonisation pénale accessoire à la protection des intérêts financiers	180
SECTION I. Le renforcement des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions	181
I. L'accroissement du champ d'application des « incriminations PIF »	182
A. L'élargissement significatif de la notion d'agent public	182
1. Le consensus relatif à l'extension aux agents publics des pays tiers	185
2. Le désaccord lié à l'édiction d'une nouvelle définition de l'agent public	188
a. Une nouvelle définition fonctionnelle	188
b. L'opposition des colégislateurs : le maintien d'une définition organique	192
B. Le faible élargissement des définitions de la corruption active et passive	193
1. La réécriture confuse des infractions de corruption	195
2. La suppression de l'exigence d'un acte « contraire aux devoirs officiels »	199
II. La réduction de la marge d'appréciation des États membres quant aux sanctions applicables aux personnes physiques	202
A. L'articulation détaillée des sanctions pénales et non pénales	210
1. La réitération classique d'un standard	211
2. L'admission de sanctions non pénales pour les délits mineurs	214
B. Les seuils applicables aux peines d'emprisonnement pour les délits graves	220
1. L'incertitude entourant l'édiction d'un seuil monétaire fixe	220
a. La réticence des délégations au sein du Conseil	221
b. Les avantages d'un seuil commun adéquat et objectif	225
c. Les faiblesses de la proposition de la Commission	227
2. Le refus d'une « peine plancher » obligatoire	229
a. Une durée exclusivement définie au regard du mandat d'arrêt européen	232
b. L'inutilité d'une peine plancher en matière de corruption	237
3. Le consensus autour d'un minimum de la peine maximale d'emprisonnement	244
III. De légères évolutions dans la responsabilité des personnes morales	247
A. Une transposition incomplète des règles d'imputabilité	247
B. Des adaptations liées à la nouvelle « directive PIF »	249
1. La modification de la liste des infractions imputables	250
2. L'uniformisation des sanctions	251
3. L'intérêt mitigé d'une peine d'exclusion des marchés publics de l'Union	252
SECTION II. La suppression des principaux obstacles aux poursuites à la lumière de l'expérience acquise	259
I. La simplification des règles de compétence	260
A. L'apparente extension de la compétence territoriale	261

B.	L'établissement d'un nouvel équilibre	262
1.	La suppression des compétences liées à la qualité de fonctionnaire	262
2.	L'adoption d'une compétence personnelle active obligatoire	265
II.	L'harmonisation des règles de prescription en matière pénale	270
A.	L'identification des faiblesses conduisant à l'impunité de la corruption	272
B.	La difficulté à dégager un compromis efficace pour l'extinction des poursuites	275
	CHAPITRE II – Vers un nouveau cadre juridique : perspectives	279
	SECTION I. Le paradoxe de la « directive PIF » : une complexité accentuée	279
I.	L'insécurité juridique découlant du choix de la base juridique adéquate	280
A.	Entre rupture et continuité de l'harmonisation pénale accessoire	283
B.	Un faisceau d'indices en faveur de l'article 83§2 TFUE	290
II.	La nouvelle stratification des instruments anticorruption	295
A.	Les dérogations relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice	295
1.	L'opt-out du Royaume-Uni	296
2.	L'opt-in de l'Irlande	300
3.	L'opt-out du Danemark	300
B.	Les limites de l'harmonisation pénale accessoire	302
1.	Le contenu incertain de la directive PIF	303
2.	Les difficultés de transposition	311
	SECTION II. La mise en place d'une stratégie anticorruption globale	313
I.	La diversification des sources	315
A.	L'influence de l'UE sur les autres conventions internationales	317
1.	En amont, la négociation des traités	318
2.	En aval, l'incitation à ratifier	321
B.	L'adhésion de l'Union européenne à la convention de Mérida	324
II.	Les limites de l'action externe après le traité de Lisbonne	326
	 SECONDE PARTIE • LE « PAQUET ANTICORRUPTION » : À LA RECHERCHE D'UNE	
	LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EFFICACE	331
	 Titre I - La mise en œuvre inégale de l'acquis anticorruption	332
	CHAPITRE I – La transposition incomplète du cadre juridique de l'UE	333
	Section I. La « conformité objective » : les manquements persistants des États membres	333
I.	L'incrimination de la corruption	334
A.	Dans le secteur public	334
B.	Dans le secteur privé	345
II.	La transposition partielle de la responsabilité des personnes morales	347

Section II. La « conformité subjective » : l'harmonisation impossible des dispositions vagues	
351	
I. L'extension du champ d'application aux élus corrompus	352
II. L'hétérogénéité des sanctions pénales et administratives	353
CHAPITRE II – L'intégration des mesures anticorruption face à l'ineffectivité des processus répressifs	357
Section I. Les carences des mécanismes de détection	363
I. Le renforcement impératif des capacités des autorités répressives	368
A. Les résultats variables des « agences anticorruption » européennes	369
B. L'adoption d'un « paquet antiblanchiment » : une quatrième tentative ?	378
II. Vers une protection généralisée du lanceur d'alerte	390
A. L'exemplarité relative des institutions UE	400
B. Le statut européen du lanceur d'alerte sous l'égide de l'UE ?	404
Section II. Des garanties approximatives face à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires	414
I. L'indépendance des autorités de poursuites	414
II. Le détournement des immunités	420
III. La protection des intérêts économiques nationaux sous couvert du secret-défense	425
Titre II - De la coopération à l'intégration : vers une lutte contre la corruption supranationale ?	429
CHAPITRE I – L'émergence d'un droit anticorruption souple : entre complémentarité et mimétisme	430
Section I. La multiplication des suivis pesant sur les États membres	431
I. Les insuffisances des mécanismes classiques	431
A. L'évaluation de la Commission : les rapports de conformité	431
1. Des évaluations sectorielles	433
2. La réticence des États membres	437
B. L'évaluation mutuelle : le respect des standards anticorruption internationaux	442
1. Le groupe de travail de l'OCDE : « étalon d'or » des processus d'évaluation	445
2. Le Groupe d'États contre la corruption	450
3. L'évaluation mutuelle au sein de la Conférence des États Parties à la convention ONU	455
II. La création d'un mécanisme général d'évaluation	459
A. Un suivi hybride	461
B. Les lacunes de la première édition du rapport anticorruption de l'UE	469
Section II. La nécessité d'une nouvelle stratégie pour stimuler la volonté politique	480
I. L'achèvement des initiatives complémentaires	480

A.	La corruption : « infraction pilote » des Plans d'Action de la Commission	480
B.	La participation de l'UE au GRECO	497
II.	Les limites d'une lutte contre la corruption réduite au droit souple	505
CHAPITRE II – La réforme de l'OLAF : le renforcement de l'efficacité opérationnelle des enquêtes anticorruption européennes		512
Section I.	Les limites du fonctionnement réticulaire de l'OLAF	513
I.	La superposition des instruments fondant les enquêtes administratives	513
A.	Les enquêtes administratives externes : la protection des intérêts financiers	514
B.	Les enquêtes internes : la protection des intérêts de l'Union	527
II.	La portée restreinte des enquêtes administratives anticorruption	533
A.	Un rôle inégal dans les enquêtes anticorruption	533
1.	Une position privilégiée	534
2.	Une faible autonomie opérationnelle	541
B.	Les résultats inégaux des informations transmises aux autorités judiciaires	545
Section II.	La restructuration organique et fonctionnelle de l'OLAF	548
I.	L'amélioration de la célérité des enquêtes administratives	549
II.	La coordination des enquêtes administratives	553
CONCLUSION GÉNÉRALE		563
ANNEXES		567
ANNEXE 1 LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE LA LUTTE ANTICORRUPTION		568
ANNEXE 2 OECD: U.K.'S BRIEFING ON TERMINATED BAE/SAUDI ARABIA. FOREIGN BRIBERY CASE TO THE WORKING GROUP ON BRIBERY, JANUARY 16, 2007		569
ANNEXE 3 SETTLEMENT AGREEMENT BETWEEN THE SERIOUS FRAUD OFFICE AND BAE SYSTEM (1) – February 2010		576
ANNEXE 4 SETTLEMENT AGREEMENT BETWEEN THE SERIOUS FRAUD OFFICE AND BAE SYSTEMS (2) – December 2010		581
BIBLIOGRAPHIE		589
SITOGRAFIE		667

Titre : La lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal

Mots clés : Corruption ; Droit pénal européen ; Droit pénal des affaires; Union européenne ; Paquet anticorruption.

Résumé : Depuis le milieu des années 1990, plus d'une dizaine d'instruments internationaux destinés à lutter contre la corruption transnationale ont été adoptés. À l'échelle mondiale, la multiplication des échanges commerciaux a rendu nécessaire la mise en place d'une coopération interétatique susceptible de répondre à l'essor de la criminalité transfrontalière. En outre, l'harmonisation des législations, par le biais d'engagements internationaux contraignants, se présentait comme le seul moyen de réduire les distorsions de concurrence. Un retournement s'est ainsi opéré : l'autorisation implicite, voire la promotion des « frais commerciaux exceptionnels », a cédé la place à la criminalisation de la corruption transnationale. À l'échelle de l'Union européenne, la réalisation du marché unique et l'ouverture des frontières justifient l'adoption de plusieurs instruments spécifiques. Toutefois, les États membres refusent d'abandonner le droit de punir — ou de ne pas punir — prérogative régaliennne qui constitue l'un des attributs de la souveraineté. L'harmonisation des législations européennes a par conséquent été influencée par la problématique plus large d'un droit pénal de l'Union européenne en construction. Les dispositions destinées à lutter contre la corruption sont enfermées dans des instruments de nature intergouvernementale et sont strictement limitées afin de faire échec à l'éventualité d'une « communautarisation rampante ».

Quinze ans plus tard, la mise en œuvre de la législation anticorruption demeure inégale et l'ineffectivité de la répression en Europe contraste avec les lourdes condamnations des

entreprises européennes par des juridictions étrangères. La stratégie initiale, qui ne comprend aucun mécanisme de suivi afin d'assurer une pression permanente sur les États membres, montre ainsi ses limites et s'avère incapable de répondre aux enjeux actuels.

La présente étude cherche à appréhender les nouvelles dynamiques anticorruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de la « dépillarisation » opérée par le traité de Lisbonne. Elle met en exergue l'émergence d'une lutte contre la corruption à deux vitesses. Ainsi, l'intégration de la lutte contre la corruption au niveau supranational devrait, à moyen terme, se limiter à la protection des intérêts financiers de l'UE : elle se traduit, d'une part, par l'adoption d'une directive d'harmonisation du droit pénal substantiel et, d'autre part, par la mise en place d'un procureur européen garantissant une répression effective. Au-delà de cet objectif isolé, le « paquet anticorruption » de la Commission européenne n'amorce pas la rationalisation nécessaire du cadre juridique actuel. La pierre angulaire de la nouvelle stratégie est limitée à l'adoption d'un mécanisme d'évaluation périodique afin de susciter, par le biais du droit souple, un surcroît de volonté politique de la part des États membres.

Aussi, dans une démarche prospective, la présente thèse tend à démontrer que l'Union européenne constitue le niveau adéquat pour mener la lutte contre la corruption. Toutefois, son rôle moteur ne peut se réaliser, dans sa dimension tant répressive que préventive, qu'à travers l'incrimination de l'eurocrime de corruption.

Title : The fight against corruption within the area of freedom, security and justice by means of criminal law

Keywords: Corruption; European criminal law; Collar crime; European Union; Bribery ; Anticorruption package.

Abstract: Since the mid-1990s, more than ten international instruments aimed at fighting foreign bribery have been adopted. Globally, the increased trade has necessitated the establishment of an interstate cooperation likely to respond to the growth of cross-border crime. Furthermore, the harmonization of legislation, through binding international commitments, was the only way to reduce distortions of competition. A turnaround has thus been made: the implicit authorization, or sometimes even the promotion, of ‘exceptional commercial costs’, has been replaced by the criminalization of bribery.

At the European Union level, the single market and open borders justify the adoption of several specific instruments. However, Member States refuse to give up the right to sanction – or not to sanction – which is one of the attributes of sovereignty. The harmonization of anticorruption legislation was therefore influenced by the broader issue of a European criminal law. The provisions intended to fight corruption are enclosed in intergovernmental instruments and strictly limited in order to thwart the possibility of an unwanted ‘communitarisation’.

Fifteen years later, the implementation of anti-corruption legislation remains uneven and the ineffectiveness of repression in Europe contrasts with the heavy sentences of European companies by foreign courts. The initial strategy, which includes no monitoring

mechanism to ensure constant pressure on Member States, shows its limits and is unable to meet the current challenges.

This study seeks to understand the new anticorruption dynamics within the area of freedom, security and justice after the ‘depillarisation’ made by the Lisbon Treaty. It highlights the emergence of a two-tier approach in the fight against corruption. The integration of the fight against corruption at the supranational level should, in the medium term, be limited to the protection of the financial interests of the EU: it translates, firstly, by the adoption of a new directive aimed at harmonizing substantive criminal law and, secondly, by the establishment of a European public prosecutor ensuring effective prosecution. Beyond this single goal, the ‘anti-corruption package’ of the European Commission does not initiate the necessary rationalization of the existing legal framework. The cornerstone of the new strategy is limited to the adoption of a periodic evaluation mechanism in order to generate, through soft law, additional political will on the part of Member States.

In a forward-looking approach, this thesis suggests that the European Union is the appropriate level to lead the fight against corruption. However, its central role can only be achieved through the criminalization of corruption as a eurocrime.