

UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT
Droit pénal et sciences criminelles

**La répression du détournement de fonds et avoirs au
préjudice de l'Union européenne en droit français**

Par :
Salem NGALA MOTINGIA

Mémoire soutenu le 06 septembre 2022 en
vue de l'obtention du diplôme de Master en
droit pénal appliqué.

Sous la direction de :

Madame Juliette LELIEUR
Professeur de droit pénal à
l'Université de Strasbourg.

Année universitaire : 2021-2022

A mes parents Jean MOTINGIA ZOBÀ et Marie-Thèrese BOTOKE ZABA pour leur amour et le sacrifice consenti pour mon engagement scientifique,

A Djena ILUNGA NTUMBA et Abdiel ACACIA NGALA pour leur attachement à ma personne et pour avoir accepté mon éloignement en vue de la recherche,

je dédie ce travail.

Remerciements

A Madame Juliette LELIEUR, Professeur de droit pénal à l'Université de Strasbourg, pour la direction de cette étude, ses précieux conseils et encouragements ont servi à l'orientation de ces recherches.

Sommaire

Ière Partie : Le contour des incriminations en matière de détournement au préjudice de l'UE 12

Titre I : De l'émergence de l'incrimination de détournement en droit de l'UE (...) 12

Titre II : (...) à la résistance du législateur français en matière de détournement 38

Ile Partie : Les enjeux de la mise en œuvre de peines en matière de détournement 68

Titre I : L'harmonisation de peines en matière de détournement en droit de l'UE 68

Titre II : L'adaptation du droit français de peines en matière de détournement 80

Liste indicative des abréviations, acronymes et sigles

AJ Pénal : Actualité juridique pénal

Art. : Article

BEI : Banque européenne d'investissement

BCE : Banque centrale européenne

CEDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,
(Convention européenne des droits de l'homme)

CJUE, Cour de justice : Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, Cour de justice : Cour de justice des communautés européennes

CourEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Convention PIF : Convention relative à la protection des intérêts financiers des
communautés européennes

CPF : Code pénal français

Directive PIF : Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet
2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts
financiers de l'Union au moyen du droit pénal

ELSJ : Espace de liberté, de sécurité et de justice

JIA : Justice et Affaires intérieures

OLAF : Office européen de lutte antifraude

TCE : Traité instituant la Communauté européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE, Union : Union européenne

Introduction

« Les citoyens et les contribuables de l'Union européenne méritent des institutions européennes opérant au plus haut niveau d'intégrité. Il est essentiel que leurs contributions au budget de l'UE, qui sont le fruit de leur labeur, soient dépensées de manière correcte et efficace et protégées contre la fraude »¹. Ce sont les termes de la Commission dans la présentation de son rapport en 2019 sur la stratégie antifraude. Elle réaffirme l'importance de la lutte contre la fraude, en particulier par le droit pénal. L'intervention du droit pénal en vue de protéger les intérêts financiers de l'Union européenne (UE) s'est imposée. Le chemin de cette construction à l'échelle européenne n'a cependant pas été dénué de vicissitudes. Sa légitimité s'est forgée avec le temps et justifie l'harmonisation dont elle fait actuellement l'objet (I). Cette harmonisation porte un regard particulier sur le détournement de fonds et d'avoirs qui affecte l'Union, non seulement dans ses intérêts financiers, mais qui compromet aussi ses missions et menace sa survie² (II).

I. L'eupéanisation de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union : entre douleur et enchantement d'une harmonisation

Les intérêts financiers de l'Union. Ils sont définis en droit de l'Union européenne (UE), comme étant « l'ensemble des recettes perçues, des dépenses exposées et des avoirs qui relèvent : i. du budget de l'Union ; ii. des budgets des institutions, organes et organismes de l'Union institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés directement ou indirectement par eux »³. Ces intérêts sont principalement liés au budget de l'Union, mais s'étendent également sur les avoirs des institutions de l'UE et à ceux, sous certaines conditions, des Etats membres⁴.

La naissance d'une protection pénale des intérêts financiers de l'Union n'a pas été facile. La délégation de la compétence pénale à l'échelle européenne dans le but de protéger ces intérêts financiers appelait à la table des négociations une préoccupation plus générale, celle de l'émergence du droit pénal de l'UE⁵. Il était devenu nécessaire pour l'Union de protéger elle-même ses intérêts au travers de ses propres règles,⁶ cette fois-ci pénales. Madame Viviane REDDING, alors, Commissaire à la justice, l'exprimait clairement en ces termes : « soyons claire, si nous, l'Union

¹ Commission européenne, Communication relative à la Stratégie antifraude de la Commission : action renforcée pour protéger le budget de l'Union européenne, Bruxelles, le 29.4.2019 COM(2019) 196 final, p. 3.

² Carlo SOTIS, « La Poule et l'œuf : les intérêts financiers de l'Union européenne et l'harmonisation pénale », in *Les chemins de l'Harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Mark PIETH et Ulrich SIEBER, Paris, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 255.

³ Article 2 de la directive (UE) 2017/1371 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (directive PIF), in *Journal officiel de l'Union européenne (JO UE)*, L 198/29 du 28.7.2017.

⁴ Considérant 1 de la directive PIF : « La protection des intérêts financiers de l'Union non seulement concerne la gestion des crédits budgétaires, mais s'étend aussi à l'ensemble des mesures portant atteinte ou menaçant de porter atteinte aux avoirs de l'Union, ainsi qu'à ceux des États membres, lorsque ces mesures sont pertinentes pour les politiques de l'Union ».

⁵ John A. E. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, PUF, 1994, p. 339. Le besoin s'est fait sentir de renforcer la reconnaissance de la souveraineté des assemblées parlementaires. Si d'une part, ce mouvement faisait naître la question plus démocratique sur l'instance de mise en œuvre des fonctions législatives pénales et au contrôle de l'application des normes, pouvant fournir des garanties propres à assurer le respect du principe de légalité pénale, d'autre part, le danger que présentait les atteintes aux intérêts financiers de l'Union nécessitait de renforcer cette protection.

⁶ L'Union dispose déjà des règles de protection civile et administrative, voire disciplinaire. La politique de l'Union en matière de protection de ses intérêts financiers a déjà fait l'objet de mesures d'harmonisations telles que le règlement (CE, Euratom) no 2988/95 du 18 décembre 1995, même s'il faut reconnaître qu'en matière pénale les Etats ont été directement touchés dans leur souveraineté, ce qui justifie les tensions sur l'émergence d'une telle protection.

européenne, ne protégeons pas notre ‘budget fédéral’, personne ne le fera à notre place »⁷. Le « budget fédéral », si ce terme est sans nul doute celui qui est visé au premier plan, et que les intérêts financiers de l’Union s’identifient principalement à travers le budget de l’Union, ils ne se limitent pas pour autant à cela.

Si l’Union doit elle-même protéger ses intérêts financiers au travers de ses propres règles, il se trouve que le domaine pénal demeure cher à la souveraineté nationale, c’est ainsi que la question des intérêts financiers de l’Union a été considérée comme le « laboratoire » du droit pénal de l’Union⁸. Ce dernier assure, comme le fait le code pénal avec les infractions contre l’Etat, la protection pénale à l’échelle européenne, des atteintes aux intérêts financiers de l’Union européenne⁹. Il ne s’agit pas d’une somme des intérêts propres à chaque Etat membre, mais des intérêts particuliers de l’Union européenne¹⁰ qui méritent d’être protégés par des règles européennes en raison de leurs caractères « vitaux »¹¹. C’est la raison pour laquelle la Commission souligne que « chaque fois que les intérêts financiers de l’Union subissent un préjudice, tous les citoyens, en tant que contribuables, deviennent des victimes et la mise en œuvre des politiques de l’Union est compromise »¹². L’harmonisation pénale afin de rapprocher les droits nationaux des États membres et de coordonner la répression s’imposait, mais il a fallu du temps et un concours de circonstances pour y parvenir.

La recherche difficile d’un cadre de protection pénale. Si la légitimité de la protection des intérêts financiers de l’Union s’est imposée, le processus de sa construction ne date pas d’aujourd’hui¹³. À force d’échecs des projets de reconnaissance d’une compétence pénale à l’Union européenne¹⁴, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) actuelle Cour de justice de

⁷ V. REDING, Commissaire européen chargé de la Justice, communiqué de presse du 17 juillet 2013, IP/13/709. Cité par Louise SEILER, *Le Parquet européen : vers une justice pénale fédérale*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Joël BOUDANT, Université de Nantes, 2021, p. 61.

⁸ Carlo SOTIS, *Op. cit.*, p. 261. L’harmonisation du droit pénal européen a émergé à partir de l’objectif de la protection des intérêts financiers de l’Union. Les deux questions semblent intimement liées. Lire aussi Lorenzo Salazar, « La genèse d’un espace pénal communautaire : la protection des intérêts financiers des communautés européennes », in *Revue internationale de droit pénal*, 2006/1 Vol. 77, p. 51.

⁹ Carlo SOTIS, *Op. cit.*, p. 253.

¹⁰ Louise SEILER, *Op. cit.*

¹¹ Carlo SOTIS, *Op. cit.*, p. 256 : « Le caractère vital se traduit par la reconnaissance d’une importante légitimité de l’Union européenne à émettre des règles dans ce domaine ».

¹² Commission, « Communication 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 », COM/2011/0293 final*/<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0293&from=EN>, le 20 mai 2022 ; Manuel LOPEZ-ESCUADERO, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l’Union européenne », in *la Fraude et le droit de l’Union européenne*, sous la direction de Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI et Fabrice PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 103. Lire également la Résolution du Parlement européen sur le Livre vert de la Commission concernant la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d’un Procureur européen (COM (2001) 715 C5-0157/2002 2002/2065(COS)), C 62 E/191, 11.3.2004 : « Considérant que la victime finale de cette fraude est le contribuable européen ».

¹³ Parlement européen, Fiche thématique sur la lutte contre la fraude et protection des intérêts financiers de l’Union européenne, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/32/lutte-contre-la-fraude-et-protection-des-interets-financiers-de-l-union-europeen> : « La lutte contre la fraude et la corruption et la protection des intérêts financiers de l’Union ont été formalisées par la création de l’Unité de la coordination de la lutte antifraude (UCLAF) en 1988. La convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a été introduite par l’acte du Conseil du 26 juillet 1995. L’Office européen de lutte antifraude (OLAF) a été institué en 1999. Le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 a créé le Parquet européen, qui a commencé ses activités en juin 2021 ».

¹⁴ Première proposition de traité par la Commission en 1976 proposant d’« introduire une réglementation commune dans le domaine de la protection pénale des intérêts financiers des Communautés et dans le secteur de la

l'Union européenne (CJUE) a d'abord renvoyé à l'application des droits nationaux des États membres. En effet, par un arrêt du 21 septembre 1989, connu sous le nom de « *mais grec* », la CJCE a jugé que la protection des intérêts financiers de l'Union devait être assurée par les mêmes mesures que prennent les États membres pour protéger leurs propres intérêts. Cette théorie de l'assimilation consacrée par la Cour de justice a permis aux intérêts financiers de l'Union de trouver une protection par les mesures de protection similaires à partir des droits nationaux des États membres. La même jurisprudence pose également le principe d'une protection par des mesures « effectives, proportionnées, dissuasives »¹⁵.

Il a fallu attendre le traité de *Maastricht du 7 février 1992* pour que l'article 209A puisse donner une base juridique à cette théorie jurisprudentielle de l'« assimilation ». Sans attribuer une réelle compétence législative à la Communauté, elle a permis d'intégrer, dans le cadre du pilier Justice et Affaires intérieures (JAI), l'obligation faite aux États, de prendre les mêmes mesures que celles qu'ils prennent pour protéger leurs propres intérêts, afin de protéger les intérêts financiers de l'Union¹⁶. Cette règle se trouve reconduite dans le traité de Lisbonne créant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et concourt à la mise en œuvre de la coopération judiciaire pénale dans l'espace de l'Union¹⁷.

La Convention PIF, la naissance d'une protection pénale européenne¹⁸. À la suite des faiblesses que présentait la théorie de l'assimilation, la nécessité de renforcer la protection des intérêts financiers par des mesures pénales européennes s'imposait. En 1995, le Conseil s'est ainsi servi du droit que lui confère l'article K3 § 2 point C du traité de Maastricht pour faire adopter la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ayant permis de définir certaines incriminations relatives à la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union¹⁹. Signée dans le cadre d'une coopération internationale classique, cette protection conventionnelle a cependant eu du mal à être appliquée.

responsabilité et de la protection en matière pénale des fonctionnaires et des autres agents des Communautés », puis en 1979 les propositions de la création d'un Espace judiciaire ont toutes été rejetées. Lorenzo SALAZAR, « La genèse d'un espace pénal communautaire : la protection des intérêts financiers des communautés européennes », *in Revue internationale de droit pénal*, 2006/1 Vol. 77, p. 42.

¹⁵ Arrêt du 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce, affaire C-68/88*, §23 et 24 de l'arrêt : « lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire ».

« A 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 similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Lire également à ce sujet Lorenzo SALAZAR, *Op. cit.*

¹⁶ Article 209A du Traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'Union européenne, entré en vigueur le 1er novembre 1993 : « Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.

Sans préjudice d'autres dispositions du présent traité, les États membres coordonnent leur action visant à protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude. À cette fin, ils organisent, avec l'aide de la Commission, une collaboration étroite et régulière entre les services compétents de leurs administrations ».

¹⁷ Article 325 §2 du Traité de Lisbonne modifiant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹⁸ Commission européenne, Proposition de la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Bruxelles, le 11.7.2012 COM(2012) 363 final, p. 4.

¹⁹ Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (Convention PIF) (95/C 316/03), JO n° C 316 du 27/11/1995, p. 48.

Entrée en vigueur en octobre 2002, la convention PIF n'a été pleinement mise en œuvre que par cinq États membres, alors que presque l'ensemble des États membres l'ont ratifiée²⁰. Les différences des définitions des infractions très marquées entre les États membres ont affaibli l'objectif d'efficacité de protection poursuivi. De même, des peines dans les différents États membres étaient divers et variés allant des amendes légères à de lourdes peines d'emprisonnement, ce qui favorisait les « paradis pénaux »²¹.

De fait, il y avait déjà des réflexions à la recherche d'un cadre approprié en vue d'assurer la protection pénale adéquate en droit de l'Union. Parmi elles, il convient de souligner le projet proposé par le groupe d'experts sous le nom de « *Corpus Juris* »²² qui dégage un modèle à cheval entre uniformisation et harmonisation.

La Commission européenne finira par faire une proposition ayant conduit à l'adoption de la directive PIF. Cette dernière poursuit l'harmonisation initiée par cette convention, mais elle a été précédée par des réformes apportées par le traité de Lisbonne qui ont permis de donner plus de compétence pénale à l'UE qu'il convient de déterminer.

Le traité de Lisbonne, une restructuration des solutions de protection. Ce traité modificatif du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009, la partie relative au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) réorganise la compétence de l'Union européenne en matière de la protection de ses intérêts financiers. D'une part, il donne compétence à l'Union pour prendre des mesures nécessaires afin d'assurer la protection de ses intérêts financiers, et d'autre part, il reprend la théorie de l'assimilation et permet l'harmonisation pénale par la directive comme un des outils de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle (article 82 §1)²³.

L'article 325 du TFUE constitue le cadre aménagé de cette protection en ce qu'il dispose que « 1. L'Union et les États membres combattent la fraude et tout 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 ». Le §2 de cet article réaffirme le rôle des États dans cette protection en disposant que « les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celle qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers ». Le premier paragraphe de cet article donne à l'Union une base juridique spécifique consacrée à la protection des intérêts financiers de l'Union. Il permet au législateur de l'Union de prendre tout type de mesure (norme de droit primaire ou norme de droit dérivée, norme d'applicabilité directe ou norme d'applicabilité indirecte) nécessaire pour assurer la protection de ces intérêts²⁴. Le deuxième paragraphe, en revanche, redonne aux États membres une place importante dans la protection des intérêts financiers de l'Union et requiert une protection par de mêmes mesures qu'ils prennent pour protéger leurs propres intérêts afin de protéger les intérêts de l'Union. Cette reconnaissance de compétence aux

²⁰ Commission européenne, Proposition de directive PIF, Bruxelles, COM(2012) 363 final, 11 juillet 2012.

²¹ « La Politique européenne de voisinage », <https://www.eu-logos.org/2015/07/30/la-politique-europeenne-de-voisinage-ii/>

²² *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997.

²³ Article 82§ 1 TFUE : « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83 » ; Julie RONDU, *Cour de coopération judiciaire pénale*, M2 droit pénal appliqué, Université de Strasbourg, 2021-2022.

²⁴ Julie RONDU, *Op. cit.*

Etats membres peut cependant révéler des difficultés lorsque l'Union organise déjà une protection particulière à ses propres intérêts. Dans cette hypothèse, l'Etat membre qui souhaite soumettre la protection des intérêts financiers de l'Union aux mêmes règles de protection que celles qu'il organise pour ses intérêts nationaux ne saurait le garantir en se passant des règles de protection organisées par le droit de l'Union.

A ces deux dispositions, s'ajoutent les articles spécifiques à la coopération judiciaire pénale. En effet, le TFUE offre à l'Union un cadre spécifique réservé à la matière pénale. Les articles 82 et 83 de ce texte permettent à l'Union d'intervenir au moyen d'une directive pour harmoniser dans des domaines précis. Cela concourt au rapprochement des droits nationaux des Etats membres. Si le premier permet de consacrer une harmonisation formelle, le second vise l'harmonisation matérielle. Bien que la protection des intérêts financiers de l'Union ne se trouve pas parmi les matières visées par l'article 83 du TFUE pour l'harmonisation par la directive, les Etats vont tout de même préférer y recourir pour l'adoption de la directive PIF.

La directive PIF²⁵, l'affirmation et l'épreuve d'une harmonisation. Si la convention PIF a le mérite d'initier l'harmonisation de la protection pénale des intérêts financiers de l'UE, la directive PIF poursuit les efforts du rapprochement des droits nationaux des Etats membres²⁶. Entrée en vigueur le 17 août 2017²⁷, elle s'exprime comme un mécanisme d'appui à la reconnaissance mutuelle, pierre angulaire de la coopération judiciaire pénale au sein de l'Union²⁸. Elle se substitue, pour les Etats membres, à la convention PIF²⁹ et permet de renforcer l'efficacité de la lutte contre les intérêts financiers de l'Union. Il est évident que les spécificités nationales ne disparaissent pas avec la reconnaissance mutuelle ; toutefois, il sied d'admettre que l'harmonisation permet le rapprochement minimal des droits nationaux des Etats membres.

L'harmonisation par la directive constitue une hybridation de deux types de normes (norme de l'Union et norme nationale). Concrètement, dans l'application, il est mis en œuvre le droit national de transposition de la directive. Parmi les comportements incriminés par la directive PIF se trouvent les actes de détournement. Les détournements sont incriminés selon qu'ils constituent les actes matériels de fraude³⁰ soit en matière de dépenses ou en matière de recettes, ou qu'ils constituent une infraction spéciale de l'agent public.

Toutefois, cette harmonisation doit traverser une autre épreuve, la transposition des incriminations portées par cette directive dans le droit interne des Etats membres pour trouver application effective. Sans une transposition, le comportement ne peut constituer une infraction, malgré l'incrimination européenne. A ce jour, le rapport de la Commission renseigne que tous les Etats membres (à l'exception du Danemark qui n'est pas lié par la directive PIF³¹) ont transposé cette directive. Toutefois, il se dégage des lacunes dans la transposition fidèle à la directive dans de

²⁵ La directive (UE) 2017/1371 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, adoptée le 5 juillet 2017.

²⁶ Considérant 3 de la directive PIF.

²⁷ Article 19 de la directive PIF : « La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne* ». Elle a été publiée au JO de l'UE le 28 juillet 2017.

²⁸ Article 82, §1 TFUE ; Conclusion du Conseil européen de Tampere du 15 et 16 octobre 1999, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm.

²⁹ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive PIF, Bruxelles, 6 septembre 2021, COM (2021) 536 final, p. 1.

³⁰ John A. E. VERVAELE, *Op. cit.*, p. 38. La fraude dite communautaire est vue comme une violation de la norme entraînant une répercussion financière sur le budget de l'Union. Le concept est donc large.

³¹ Considérant 38 de la directive PIF.

nombreux Etats³². Cette situation engendre des différences et met à mal la mise en œuvre de la répression. C'est dans ce cadre que cette étude se sert de l'exemple d'actes de détournement portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union pour évaluer la mise en œuvre de leur répression en droit français. En effet, si le législateur de l'Union a jugé utile de définir des incriminations européennes, notamment pour lutter contre les actes de détournement de ses fonds et avoirs, c'est parce qu'il s'est rendu compte du danger que présentent ces actes sur l'efficacité de ses missions et l'impact qu'ils entraînent sur son existence.

II. Le détournement, une atteinte aux intérêts financiers de l'Union

L'acte de détournement. Le détournement est, selon l'article 4§3 de la directive PIF, « *le fait, pour un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* »³³. La directive ne définit cependant pas le détournement visé dans le cadre de fraude. Certains auteurs considèrent qu'il y a détournement chaque fois qu'il y a une utilisation de l'objet confié à des fins étrangères à celles qui avait été stipulées³⁴. Il s'agit d'une substitution dans le droit en se comportant en propriétaire mais peut aussi viser toute violation de la destination de l'objet confié. Le détournement agace au plus haut point l'Union, à tel enseigne qu'il constitue l'un des comportements les plus visés par la directive PIF³⁵.

La réalisation des missions et objectifs de l'Union européenne s'exécute par l'intermédiaire des autorités publiques et des particuliers concourant à leur mise en œuvre. L'Union ne peut compter que sur des personnes qui l'accompagnent dans l'exécution de ses objectifs. Mais « le pouvoir engendre des abus et appelle des limites »³⁶. La Commission fait d'ailleurs observer que les moyens que l'Union met en place pour réaliser ses missions, sont de plus en plus menacés par ceux-là qui sont appelés à l'accompagner dans la mise en œuvre de ses missions³⁷. Détourner, c'est donc briser inévitablement ce lien de confiance qui était préalablement établi.

En tant qu'organisation d'intégration économique, l'Union européenne acquiert sa force par son budget, et plus largement de ses intérêts financiers. Les fonds et avoirs de l'Union constituent des actifs fondamentaux lui permettant de mettre en œuvre sa politique. Le contrôle de son budget est « l'instrument par excellence de la politique européenne »³⁸. Le renforcement de la protection des intérêts financiers de l'Union s'impose, non seulement parce que les actes tels que les

³² Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive PIF, Bruxelles, le 6.9.2021 COM (2021) 536 final, p. 2 : « En avril 2021, le nombre de transpositions complètes notifiées avait grimpé à 26, ce qui signifie que tous les États membres liés par la directive ont désormais notifié sa transposition complète en droit national ».

³³ Article 4§3 de la directive PIF.

³⁴ Christian DONATO DI PINTO, *Le détournement en droit pénal*, thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Sous la direction de Roger Bernardin, Université de Nice, 2002, p. 16.

³⁵ Ce texte fait référence 9 fois au terme détournement, dont 7 fois consacrés aux dispositions définissant les incriminations portées par les articles 3 et 4.

³⁶ Aude BOUVERESSE, « La fraude dans l'abus de droit », in *La fraude et le droit de l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 17.

³⁷ Selon les estimations, environ 80 % des fonds européens sont gérés par les autorités nationales et les fraudes ont lieu en grande majorité des cas à leurs égards. Manuel LOPEZ-ESCUADERO, *Op.cit.*, p.105.

³⁸ *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Paris, Economica, 1997, p. 13.

détournements paralysent les missions de l'Union et menacent par conséquent son efficacité, mais aussi parce que la légitimité d'une protection pénale garantit sa survie³⁹.

Comme le fait remarquer l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) dans son rapport de 2020, les fonds et avoirs de l'Union sont assez souvent détournés. Cette agence mène des enquêtes sur des faits, notamment de détournement, commis au préjudice des intérêts financiers de l'Union. C'est le cas, par exemple, pour un agriculteur de présenter de fausses factures en vue d'obtenir un niveau de remboursement (par l'UE) plus élevé pour les investissements en équipements qu'ils avaient réalisés dans leurs exploitations⁴⁰. Ou pour un groupe de personnes de constituer cinq sociétés fictives et disposant de leurs propres comptes bancaires ouverts auprès d'une banque, dans le seul but de recevoir le financement apporté par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) aux agriculteurs roumains afin de contribuer à soutenir la production de tomates au cours de la saison de végétation 2017 sans aucune intention de cultiver la moindre tomate⁴¹. Il en est également ainsi du fait pour des entreprises de recherches, de se servir du financement des projets de recherche de l'UE en maximisant leurs bénéfices par la déclaration délibérée du nombre maximal d'heures de travail autorisé par les règles applicables à chacun des projets, au lieu du nombre d'heures réellement consacrées aux projets par les membres de leur personnel⁴². Ou encore le fait pour un parlementaire d'utiliser l'indemnité d'assistance parlementaire à des fins étrangères à celles pour lesquelles elle était employée. Notamment en payant des assistants qui n'ont jamais travaillé pour le compte de l'Union, ou en vue de soutenir de façon formelle ou informelle les élections législatives ou locales au sein du parti politique national⁴³. Il en est de même du cas d'un membre du personnel de la Banque européenne d'investissement (BEI), de déclarer faussement la situation des personnes à charge en vue de percevoir indûment les allocations pour frais scolaires⁴⁴. Ces différents comportements affectent directement l'Union en ce que d'une part, ils dépouillent l'Union de ses fonds et avoirs et d'autre part, ne lui permettent pas d'atteindre efficacement ses objectifs, voire de n'atteindre aucun but légitime. Cette fragilisation des objectifs de l'Union par des actes de détournement constitue un danger dont il faut nécessairement réduire les impacts. Mais la réaction pénale passe notamment par la qualification pénale des comportements avant d'établir des responsabilités.

L'opération de qualification de détournement. Il s'agit de cette opération intellectuelle tendant à rapprocher les faits commis par l'agent de la qualification juridique correspondante. Autrement, c'est la démarche tendant à attribuer à une situation une qualification juridique correspondante. Pour le juge, la qualification consiste au fait de faire le syllogisme juridique « majeure/mineure/conclusion »⁴⁵ et s'assurer que toutes les composantes de l'infraction ont été caractérisées par le comportement de l'agent et que son état d'esprit au moment des faits le justifie. Il ne s'agit pas d'une démarche anodine, car, à défaut d'infraction, il n'y a pas de responsabilité

³⁹ GIUFFRÉ, *Motivation du Corpus Juris*, 1997, p. 49.

⁴⁰ Rapport de l'OLAF de 2020, p. 18.

⁴¹ *Idem*, p. 18.

⁴² *Ibidem*, p. 22.

⁴³ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁵ César BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1762, trad. Chevallier, Genève, Droz, 1965, Ch. IV. Cité par Bienvenu WANE BAMEME, *La responsabilité pénale pour crime de guerre : étude comparée des droits français et congolais*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Gilles MATHIEU et Philippe BONFILS, Aix-Marseille Université, 2012, p. 9.

pénale⁴⁶. Le principe de « légalité des délits et des peines » impose qu'une personne ne soit considérée comme coupable que si son comportement rentre dans la qualification pénale d'une infraction.

Toutefois, si la définition de l'incrimination a longtemps été le domaine réservé des Etats, l'émergence du droit pénal européen engendre la possibilité qu'une incrimination soit adossée sur une norme européenne. Ainsi, lorsqu'une incrimination est définie par une norme de l'Union, son application au niveau interne devra répondre aux conditions fixées pour son incorporation ou insertion dans l'ordre juridique interne.

En effet, si le droit de l'Union donne aux Etats membres une définition commune des incriminations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, c'est uniquement lorsqu'elles sont transposées en droit interne qu'elles peuvent constituer des infractions et trouver application devant le juge. Or, en droit de l'Union, le détournement peut constituer selon le cas, soit une composante de la fraude au préjudice des intérêts financiers de l'Union, soit une incrimination spéciale du détournement de l'article 4 de la directive PIF visant spécialement un agent public. La qualification pénale de ces incriminations en droit français n'est cependant pas aisée. Ce dernier n'ayant, ni fait un renvoi par référence à la directive PIF, ni vraiment incorporé les incriminations de cette directive dans son droit interne. Les doutes sur une transposition conforme en France se forment et la qualification pénale peut dès lors faire objet de conflit.

La transposition française des incriminations du détournement des fonds et avoirs au préjudice de l'UE. Depuis l'adoption de la directive PIF en 2017, la France n'a jamais été épargnée par le rapport de l'OLAF. Cette agence de l'Union mène des enquêtes, notamment en matière de détournements commis ou impliquant des personnes se trouvant sur le territoire français. Bien que la directive PIF fixe des règles minimales de protection des intérêts financiers de l'UE, elle est confrontée aux difficultés de mise en œuvre, particulièrement en droit français.

Le gouvernement français a formellement adopté par habilitation législative l'*ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019* afin de transposer la directive PIF. Ce texte, qui intervient au-delà du délai requis, comporte essentiellement 5 articles⁴⁷. Il opère un renvoi au régime des infractions déjà existantes en droit interne, sous réserve de quelques aggravations lorsque les intérêts financiers de l'Union sont concernés. En réalité, la directive PIF ne semble pas avoir influencé substantiellement le droit français en matière de détournement. Elle serait, pourrait-on ainsi le dire, "absorbée" par le droit commun français. Une année et trois mois plus tard s'en est suivie la loi ratifiant l'ordonnance de 2019⁴⁸. Cette dernière est venue supprimer toute référence aux intérêts financiers de l'Union qu'apportait cette ordonnance. Ce qui marquait l'empreinte du droit de l'Union dans le système français, en particulier en matière de détournement, sera alors supprimé au profit d'un régime commun, assimilant sous le même régime la protection des intérêts de l'Union et ceux nationaux.

Mais cette logique française n'est pas sans conséquence sur le droit de l'UE. En effet, en présence d'une définition européenne d'incrimination, une transposition par renvoi à la définition

⁴⁶ Bienvenu WANE BAMEME, *Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁷ Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, *in JORF*, n°0218 du 19 septembre 2019.

⁴⁸ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *in JORF*, n°0312 du 26 décembre 2020, ratifiant l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019.

d'incrimination nationale expose au risque d'inconformité et constitue une source de disparité. Les contenus des incriminations en matière de détournement seraient variables d'un État à un autre et le rapprochement des droits nationaux visés par l'harmonisation en droit de l'Union se trouverait ainsi frustré si tous les Etats membres faisaient de même. Or, selon une thèse défendue en France, avant la directive PIF, le droit français aurait été d'ores et déjà conforme au droit de l'Union⁴⁹. Il convient de souligner à ce sujet le rapport de la commission du sénat, qui évoque que « le droit pénal français était déjà largement conforme aux prescriptions de la directive PIF (et indique que) les ajustements nécessaires à la parfaite transposition de la directive ont donc été assez limités »⁵⁰. Une telle affirmation ne laisse pas indifférents les juristes et en particulier les pénalistes.

En effet, le droit pénal est une discipline essentiellement fondée sur le principe de légalité et son corollaire, l'interprétation stricte de la norme pénale. Il convient dès lors de s'interroger si ce choix fait par la législation française répond de manière satisfaisante aux exigences de la directive PIF. L'objectif visé étant de rapprocher les droits nationaux, l'obligation de la transposition comporte des exigences. Un Etat membre ne peut être dispensé de l'adoption des mesures de « transposition nécessaires s'il estime que ses dispositions nationales sont meilleures que les dispositions du droit de l'Union et que les règles nationales sont, pour cette raison, plus à même d'assurer la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive »⁵¹, « ce n'est que si les règles nationales garantissent déjà la pleine application de la directive que les États membres peuvent être dispensés de l'obligation de transposition »⁵².

Or, les infractions françaises de détournement ne semblent pas avoir des contenus similaires ou proches des incriminations de la directive PIF. Il nous semble que le législateur français ait contourné la transposition de la directive PIF. En prenant une norme de transposition, sans assurer une réelle transposition, il fait un détour de l'obligation qui lui est imposée par cette directive et complexifie la recherche de la qualification pénale correspondante tout en rendant difficile l'exercice de la répression. Dès lors, le rapport entre le droit de l'Union et le droit français se trouve confronté à une tension.

Le rapport antinomique entre le droit de l'UE et le droit français en matière de détournement. Assez souvent, les relations entre le droit international et le droit interne en matière pénale passent essentiellement par une division du travail. Si le premier fixe les normes de comportement, le second prend le soin de l'intégrer dans son droit interne et d'organiser la répression. Cette intégration passe soit par l'incorporation de la norme internationale ou par renvoi fait du droit interne à la norme de comportement prévue par la norme internationale⁵³. Il s'agit d'une association de deux droits. Le droit pénal de l'Union, qui n'échappe pas à cette logique, constitue un processus continu d'eupéanisation des droits pénaux des Etats membres et demeure une matière à compétence partagée entre l'Union et ses États membres. Dès lors, les normes sont

⁴⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal NOR : JUSD1918088P, 19 septembre 2019 : « Notre droit pénal est d'ores et déjà largement conforme à ces exigences. Il appréhende déjà les comportements frauduleux portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

⁵⁰ Rapport de la session ordinaire du Sénat de 2019-2020, 19 février 2020, N° 335, p. 89.

⁵¹ Tristan MATERNE, *La procédure en manquement d'Etat, guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 37.

⁵² Arrêt, CJCE, du 7 octobre 2004, *Commission contre Italie*, C103/02, *Rec. 2004*, p. I-9127, cité par Tristan Materne, *Op. cit.*, p. 37.

⁵³ Véronique JAWORSKI, *Cours de droit pénal international*, Université de Strasbourg, 2020-2021.

formulées au niveau européen, mais leurs mises en œuvre sont assurées au niveau interne par les Etats membres⁵⁴.

Or, cette rencontre entre le droit pénal de l'Union et le droit pénal français avance caparçonnée dans des principes peu conciliables, l'un est enveloppé dans sa primauté, fortement affirmée⁵⁵ et l'autre se met à l'abri de la souveraineté nationale. Visant le rapprochement juridique par une harmonisation minimale des règles d'incrimination, la directive PIF tend à « uniformiser » l'assiette d'agissements punissables dans le périmètre de l'Union. C'est ainsi qu'elle définit certaines incriminations et fixe les régimes « *a minima* » que doivent adopter les États membres en matière de peines. Mais, la France a opté pour une logique de renvoi de la protection des intérêts financiers de l'Union aux mêmes règles que celles fixées pour protéger les intérêts français. Cette logique paraît plus proche d'une assimilation aux règles nationales que d'une transposition concrétisant l'harmonisation juridique visée par la directive PIF⁵⁶.

Le rapport de la Commission de 2020 fait observer que si l'ensemble des Etats membres ont transposé la directive PIF, les préoccupations sur la transposition conforme demeurent⁵⁷. Pourtant, la protection des intérêts financiers de l'Union n'admet que de façon très limitée la marge nationale d'appréciation⁵⁸. Les incriminations telles que la fraude en matière de recettes et la fraude en matière de dépenses portées par la directive PIF ne se trouvent pas spécialement transposées par le législateur français. Ce dernier n'a pas voulu bousculer la définition des incriminations internes pour renforcer la protection pénale des intérêts financiers de l'Union. Et lorsqu'il fallait ratifier l'ordonnance dite de transposition de la directive PIF, il a fini par supprimer les références que faisait l'ordonnance de 2019 à la protection des intérêts financiers de l'Union. Il peut légitimement se poser la question de savoir si le droit de l'Union voulait un régime particulier de protection ou attendait simplement des Etats une protection similaire à celle visant à protéger les intérêts nationaux. Il a été rappelé que les intérêts financiers de l'Union sont à distinguer des intérêts nationaux et de leurs sommes. Cette question renvoie à s'interroger sur l'intérêt même d'une européanisation par l'harmonisation. La commission souligne d'ailleurs que les principaux problèmes de conformité tiennent essentiellement à des lacunes dans les législations nationales transposant les définitions pénales des articles 3 et 4 de cette directive. Il en est ainsi des notions telles que le détournement⁵⁹, l'agent public (de l'Union ou national)⁶⁰, ou de fonds ou avoirs confiés ou accordés.

Bien que le droit pénal s'accommode assez mal à la logique d'une harmonisation minimale⁶¹, la conformité du droit français ne serait justifiée que si ce dernier respecte les exigences minimales prévues par la directive PIF. N'ayant pas choisi de transposer littéralement la directive PIF, le droit

⁵⁴ André KLIP, *European Criminal Law : An integrative approach*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, 2^e éd., p. 25 et 29.

⁵⁵ Arrêt, CJUE, Grande chambre du 15 octobre 2019, *affaire Dumitru-Tudor Dorobantu*, aff. C- 128/18 : § 79.

⁵⁶ La logique d'assimilation de protection organisée par les droits nationaux des Etats membres vise à combler l'absence des règles au sein de l'Union. Il n'en est pas ici question étant donné que la matière fait déjà l'objet d'une harmonisation.

⁵⁷ Commission européenne, Rapport sur la mise en œuvre de la directive PIF, du 6 septembre 2021, p. 3-5.

⁵⁸ C. SOTIS, *Op. cit.*, p. 265.

⁵⁹ Commission européenne, Rapport sur la mise en œuvre de la directive PIF, du 6 septembre 2021, p. 5.

⁶⁰ *Idem* : (Les difficultés sur une transposition conforme de la notion d'agent public se posent dans presque la moitié des Etats membres).

⁶¹ L'harmonisation minimale conduit aux normes pénales imparfaites. Pierre AKELE ADAU, Angélique SITA-AKELE MUILA et Théodore NGOY ILUNGA WA NS, *Cours de droit pénal spécial*, G3 Droit, UPC, 2003-2004, p. 21 : « La règle parfaite est celle qui contient un élément incriminant et un élément sanctionnateur ».

français ne peut être jugé conforme que si son contenu respecte le droit de l'Union en proposant un droit répressif respectant le seuil minimal fixé. Or, contrairement aux droits fondamentaux, il s'agit ici d'un droit qui serait plus répressif et plus protecteur des intérêts financiers de l'Union. Si l'exigence de protection minimale des droits fondamentaux se mesure par une protection plus forte des droits des justiciables, en matière pénale cette protection se mesure par une répression plus large et plus sévère des atteintes relatives aux intérêts financiers de l'Union. La question qui se pose est de savoir si cette logique s'analyse à la fois sur l'incrimination et la peine, dans l'affirmative comment déterminer son contour.

En effet, l'harmonisation par une définition européenne des incriminations s'oppose à leur application diversifiée sur les territoires des Etats membres. De plus, le droit pénal impose une interprétation stricte. Si pour la sanction pénale, l'exigence minimale est simple à déterminer, car nécessite une sanction plus lourde (malgré le risque de disparité et de discrimination), la question demeure ouverte en matière d'incrimination. L'affirmation d'une protection plus élevée pourrait être admise en matière d'incrimination si le législateur, tout en reprenant l'ensemble des comportements portés par la directive, ajoute d'autres comportements alternatifs pouvant constituer l'infraction. Il doit s'agir des comportements en plus, nouveaux et constitutifs de l'infraction de façon alternative à ceux déjà visés par la directive.

Inversement, un droit national qui supprimerait un élément pour faciliter la constitution de l'infraction serait, du point de vue du droit pénal, plus répressif et protecteur des intérêts financiers de l'Union. Il en est ainsi du droit interne d'un État membre qui réprime le détournement, même s'il n'a pas effectivement porté atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ou même lorsqu'il n'est pas intentionnel⁶². Mais, admettre une telle thèse serait source de disparités. Ce qui réduit l'effet harmonisateur recherché par la directive et peut engendrer des difficultés dans la coordination de la répression des infractions, en particulier celles impliquant plusieurs Etats membres.

Ainsi, le respect du droit de l'Union ne peut être apprécié qu'après une lecture attentive du régime que consacre le droit français. Cette étude s'efforce de faire un rapprochement en identifiant les similitudes et divergences. Le critère d'évaluation de l'exigence d'une protection minimale des intérêts financiers de l'Union et l'analyse de la conformité du régime français de transposition de la directive PIF sont au cœur de cette étude. Spécialement, cette dernière propose de mener une réflexion sur les actes de détournement portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union en s'interrogeant si le système français permet de les contenir à la lumière de la directive PIF.

Subdivision de l'étude. L'étude porte dès lors sur deux articulations essentielles. D'une part, elle analyse le contour des incriminations en matière de détournement portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE (**I^{ère} partie**), et d'autre part, elle évalue les enjeux de l'adaptation du régime de peines en matière de détournement (**II^e Partie**).

⁶² Considérant 11 de la directive PIF.

I^{ère} Partie : Le contour des incriminations en matière de détournement au préjudice de l'UE

La nécessité de protéger les intérêts financiers de l'Union a conduit à l'émergence d'une protection pénale à l'échelle de l'Union européenne. Cette protection se matérialise, en droit pénal de fond par l'incrimination de certains comportements, au rang desquels figurent le détournement (Titre I).

La directive PIF, qui en constitue à ce jour le principal instrument de mise en œuvre, a malheureusement fait l'objet d'une transposition complexe, sinon creuse, de la part du législateur français. Ce dernier, en effet, n'a pas souhaité apporter une réforme de fond sur les infractions portées par la directive, en particulier en matière de détournement. Il oppose une certaine résistance dans la mesure où il a préféré appliquer, à l'état brut et sans la moindre adaptation, les infractions de droit commun interne à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE (Titre II).

Titre I : De l'émergence de l'incrimination de détournement en droit de l'UE (...)

L'incrimination en matière de détournement en droit de l'Union s'est construite progressivement dans le but de renforcer la protection des intérêts financiers de l'Union (Chapitre 1). Cela a permis à l'Union de disposer, à ce jour, des définitions propres des incriminations dont les composantes méritent d'être identifiées, car constituent des références pour la transposition par les Etats membres et leurs servent de boussole dans la mise en œuvre de cette protection (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La construction progressive du détournement en droit de l'UE

Au départ, les Etats étaient réticents à l'idée d'une cession de leur pouvoir d'incrimination pénale, expression de la souveraineté nationale. Ils ont néanmoins été favorables pour un cadre principal conventionnel tendant à assurer la protection pénale des intérêts financiers de l'UE. Le détournement a ainsi été incriminé sous le régime de la fraude par la « convention PIF » (section 1). Mais, 20 ans plus tard vite cette convention, s'est révélée lacunaire et inefficace qu'il a été substitué⁶³ par une norme dérivée, à savoir, la directive PIF (section 2).

Section 1 : De la difficile conception d'une incrimination en matière de détournement (...)

Deux mouvements peuvent s'observer dans la formalisation du détournement en droit de l'Union. D'une part, la naissance d'une protection strictement pénale s'est opérée à partir de 1995 (§1), et d'autre part, l'émergence d'une définition d'incrimination prenant en charge les actes de détournement (§2).

§1. La naissance d'une protection pénale contre le détournement au préjudice de l'UE

Afin de renforcer la protection de ses intérêts financiers, la théorie de l'assimilation ne suffisait plus pour assurer une protection effective et efficace. Il fallait que l'Union s'immisce elle-même dans le processus de criminalisation pour protéger ses propres intérêts. La complexité des réglementations ayant conduit à des atteintes graves aux intérêts financiers de l'UE ont permis aux

⁶³ Jean-Luc Albert, « Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne », in *Revue Française de Comptabilité*, Ed. Comptables-Malesherbes, 2020, p. 44-45.

Etats de prendre conscience de cette nécessité. C'est ainsi qu'à partir du traité de Maastricht, les Etats ont admis l'ouverture d'une action commune de lutte contre la fraude⁶⁴. Le Conseil s'est ensuite servi du droit que lui confère ce traité pour amener les Etats à signer une convention, tout en restant dans le cadre de l'Union. Le parcours ayant conduit à l'adoption de cette convention a cependant été jalonné de plusieurs résolutions en vue de faire des études de faisabilité et d'opportunité. De novembre 1991 à juillet 1995, trois résolutions déterminantes ont été prises.

A la suite de ces résolutions, les Etats ont adopté la Convention relative à la protection pénale des intérêts financiers de l'Union (Convention PIF)⁶⁵. Il s'agit du premier instrument juridique du droit de l'Union consacrant une protection pénale de ses intérêts financiers⁶⁶. La convention adoptée le 26 juillet 1995 sur le fondement de l'article K 3 § 2 point c) constitue cependant un cadre de coopération judiciaire internationale classique. Elle n'entrera en vigueur qu'en 2002 après la ratification du dernier Etat signataire⁶⁷. Cette convention incrimine spécialement la fraude en droit de l'Union. Le détournement constitue un des éléments constitutifs de fraude qu'il convient de rechercher la définition.

§2. La construction d'une définition de détournement par la convention PIF

La convention PIF est le premier texte à proposer une définition commune aux incriminations de la fraude aux intérêts financiers de l'Union. Ce texte définit notamment la fraude en matière de dépenses et la fraude en matière de recettes de l'Union. Il s'agit d'une première consécration, qui a eu le mérite d'aller au-delà de la simple coopération judiciaire classique en matière pénale. Elle a pour but de rapprocher les législations nationales des Etats membres en proposant des définitions communes⁶⁸. Le considérant de l'annexe introductive de cette convention évoque que les Etats signataires sont convaincus que « *la protection des intérêts financiers des Communautés européennes exige que tout comportement frauduleux portant atteinte aux intérêts en question donne lieu à des poursuites pénales et que, à cette fin, une définition commune soit adoptée* ». L'objectif étant de faire en sorte que les « *législations pénales contribuent de manière efficace à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* »⁶⁹. En effet, l'évidence que « *la fraude affectant les recettes et les dépenses communautaires ne se limite pas, dans bien des cas, à un seul pays et est souvent le fait de filières criminelles organisées* » a permis de tempérer les frilosités des Etats membres et favorisé la définition commune de certaines incriminations.

Selon l'article 1 de la convention PIF, en matière de dépenses, le détournement constitue l'acte matériel de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes. Il dispose que cette fraude peut se réaliser par « *tout acte ou omission intentionnel relatif au détournement de tels fonds à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont initialement été octroyés* ». En matière de recettes, tout acte ou omission intentionnel relatif au détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou gérés

⁶⁴ Catherine HAGUENAU-MOIZARD, Fabienne GAZIN et Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements de droit pénal de l'Union européenne*, 1^{ère} éd. Bruxelles, Larcier, 2016, p. 11-12.

⁶⁵ La Convention PIF a été adoptée le 26 juillet 1995.

⁶⁶ Lorenzo SALAZAR, *Op. cit.*

⁶⁷ 7 ans plus tard, conformément à l'article 11 de la convention PIF.

⁶⁸ Lorenzo SALAZAR, *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁹ Considérant de l'annexe à la Convention PIF.

pour leur compte⁷⁰. Cette protection passe *a priori* par celle du budget de l'UE, tant en matière de dépenses, en évitant que « les fonds distribués par l'Union ne soient détournés ou injustement obtenus », qu'en matière de recettes afin de « lutter contre les comportements visant à se soustraire au paiement de taxes ou de droits de douane »⁷¹. Si ces dispositions donnent une définition de la fraude selon que l'on se retrouve en matière de dépenses ou en matière de recettes, elles ne définissent pas à proprement parler l'acte de détournement.

La convention PIF a ainsi le mérite d'apporter des définitions communes aux Etats membres, mais la difficulté est qu'en absence d'une définition normative de l'acte de détournement, il était nécessaire qu'il y ait une interprétation européenne de cette notion pour coordonner les réponses pénales au sein des Etats membres. C'est ainsi que l'apport de la Cour de justice est déterminant pour la clarification des notions européennes.

Les apports de la jurisprudence de la CJUE. Pour contrôler l'applicabilité des normes européennes d'incrimination portée par la convention PIF, il fallait donner compétence et ouvrir les voies de recours devant la CJCE (CJUE). Ainsi, le premier protocole à la Convention PIF relatif à la corruption a permis de régler les questions de conflit de compétence entre les Etats membres relatifs à l'interprétation ou à l'application de ces textes. Ensuite, le troisième Protocole du 29 novembre 1996 concernant l'interprétation à titre préjudiciel par la CJCE de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a consacré le mécanisme du « renvoi préjudiciel », afin de permettre aux juges nationaux de saisir la Cour de justice sur l'interprétation préjudicielle⁷².

Malheureusement, la CJCE, devenue la CJUE, ne s'est pas prononcée sur le contenu de la notion de détournement au sens de l'article 1 de la Convention PIF. Cette dernière et ses protocoles sont cependant des instruments juridiques ayant progressivement changé la configuration de l'Europe pénale. Ils ont permis de rendre l'émergence du droit pénal de l'UE de plus en plus une réalité incontournable⁷³. Mais, c'est également grâce aux apports de la jurisprudence de la CJUE que la compétence pénale de l'Union s'est étendue, et continue à l'être à ce jour⁷⁴. Désormais avec le traité de Lisbonne, cette compétence du droit pénal matériel est encore plus étendue (article 83 TFUE). L'adoption de la directive PIF constituent une manifestation du développement de l'« eurofraude »⁷⁵.

⁷⁰ Article 1 de la Convention PIF.

⁷¹ Louise SEILER, *Op. cit.*, p. 64.

⁷² Lorenzo SALAZAR, *Op. cit.*, p. 46. Protocole signé le 9 novembre 1996 concernant l'interprétation préjudicielle de la part de la Cour de Justice des Communautés européennes, JO, C 151, 20.5.1997, 1.

⁷³ Lorenzo SALAZAR, *Op. cit.*, p. 49.

⁷⁴ Arrêt CJCE, Gd. Ch. du 13 septembre 2005, *Commission C/Conseil, Affaire C-176/03*. Cité par Véronique JAWORSKI, *Cour de droit pénal international et européen*, Université de Strasbourg, 2020-2021 : cet arrêt « met fin à la controverse en refusant au Conseil la possibilité de prendre une décision cadre dans une matière relevant de la compétence exclusive de la Commission, à savoir le droit de l'environnement. En autorisant, en revanche, le droit communautaire relevant au premier pilier à imposer aux Etats membres de prendre les sanctions pénales afin de protéger l'environnement. Cet arrêt apparaît novateur puisque jusqu'à présent, une compétence pénale directe n'avait jamais été reconnue au législateur communautaire. Jusqu'à présent, aucune directive européenne ne pouvait imposer aux Etats membres de prendre des sanctions pénales ». Arrêt de la Cour de justice sur la fraude à la TVA, CJUE, Gde Ch., 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10*, publié au recueil numérique, ECLI:EU:C:2013:105.

⁷⁵ Louise SEILER, *Op. cit.*, p. 65.

Section 2 : (...) à un développement décéléré de l'harmonisation

Le besoin de sortir du cadre conventionnel pour une harmonisation dans un cadre plus intégré s'imposait d'autant plus qu'il s'agissait de protéger les intérêts propres de l'UE. Il était devenu nécessaire pour l'Union de trouver un instrument adapté à l'espace de l'Union (§1), mais aussi d'élargir le champ des incriminations portant atteinte à ses intérêts financiers, en particulier en matière de détournement (§2). Bien que la première proposition de directive PIF date de 2001⁷⁶, ce n'est qu'en 2017 que le législateur de l'UE a fini par adopter un instrument dérivé de l'UE.

§1. La justification d'une harmonisation par la directive

La Commission n'a pas fléchi à l'ambition de faire protéger les intérêts financiers de l'UE par le moyen d'une norme dérivée de l'UE. Après l'échec de la première proposition de directive PIF de 2001, elle a soumis une autre proposition en 2012 qui a conduit à l'adoption de l'actuelle directive PIF. Cependant, si les Etats membres ont été favorables à poursuivre le rapprochement de leurs législations nationales par une directive afin de protéger les intérêts financiers de l'UE, le débat a opposé les parties prenantes sur le choix de la base juridique à la protection pénale effective de ces intérêts (A). Ce débat avait toute son importance au regard de ses incidences sur l'émergence de la compétence pénale en droit de l'Union. Les Etats ont toutefois fait le choix de la voie qui leur permet de mieux contrôler cette compétence pénale dévolue à l'Union (B).

A. Le choix du cadre juridique de référence

Les impératifs d'ordres pratiques. L'adoption de la convention PIF a constitué une porte d'espoir pour la construction d'un espace pénal dans l'Union. Les obstacles liés au retard de l'entrée en vigueur de la convention PIF ont toutefois démontré les limites de ce cadre classique encore sous l'emprise des Etats membres. Pourtant les prédateurs des intérêts financiers de l'Union continuent de tirer profit des lacunes des systèmes pénaux nationaux, notamment en organisant des réseaux criminels internationaux.

Il appert que non seulement, comme le déplore l'OLAF dans ses rapports annuels, les États n'arrivent pas à poursuivre les auteurs des faits, même après renvoi des dossiers aux États, mais aussi la complexité et la lourdeur assez souvent conduisent les autorités judiciaires à classer le dossier ou à abandonner les poursuites⁷⁷. Il était devenu nécessaire de trouver un cadre souple, mais aussi d'instituer une autorité des poursuites au niveau européen. Le livre vert de la commission de 2001 relative à « la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un

⁷⁶ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté /* COM/2001/0272 final - COD 2001/0115, in JO n° 240 E du 28/08/2001 p. 0125 – 0129.

⁷⁷ Rapport de l'OLAF 2020, p. 50 : « Il existe plusieurs raisons pour lesquelles une recommandation peut ne pas être suivie. Cela s'explique parfois par le fait que l'OLAF et les autorités nationales interprètent différemment le droit européen et le droit national. Dans d'autres cas, les procureurs nationaux peuvent considérer que la preuve d'une infraction pénale est insuffisante. En outre, malgré les efforts d'enquête considérables déployés par l'OLAF, ses compétences et ses moyens pratiques limités en matière d'enquête ne lui permettent pas toujours de recueillir des preuves concluantes d'une infraction pénale : la mission première de l'OLAF consiste à protéger les intérêts financiers de l'UE, et non à mener des poursuites pénales ».

Procureur européen »⁷⁸ faisait déjà le lien entre la protection des intérêts financiers de l'UE et le parquet européen. Ce pourquoi la directive PIF a été adoptée, suivi du règlement instituant le Parquet européen⁷⁹, grâce à qui la protection des intérêts financiers de l'Union est confortée par des poursuites judiciaires au niveau européen, dont nous espérons le succès de sa mission pour une protection efficace et efficiente du patrimoine de l'UE⁸⁰. Toutefois, l'adoption de la directive a soulevé des débats, notamment, autour de son fondement juridique.

Les options du fondement juridique. Le traité de Lisbonne consacre toute une boîte à outils à l'Union afin de concrétiser l'organisation de la protection effective de ses intérêts financiers. Ce traité modifiant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne donne compétence à l'Union et aux Etats membres pour combattre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.⁸¹ D'une part, il consacre un fondement juridique spécifique à la protection des intérêts financiers de l'Union, (l'article 325 TFUE), et d'autre part, au chapitre relatif à la coopération judiciaire en matière pénale, il permet l'harmonisation du droit pénal matériel par une directive (l'article 83 TFUE).

La Commission avait choisi comme base juridique de référence l'article 325 du TFUE, dans sa proposition⁸². Contrairement à l'ancien article 280 du traité instituant la communauté européenne (TCE) qui excluait le domaine pénal du champ d'action du Conseil pour protéger les intérêts financiers de l'UE contre la fraude⁸³, l'article 325 du TFUE a la particularité de permettre au Parlement et Conseil par une procédure législative ordinaire de prendre toute mesure nécessaire, y compris pénale pour lutter contre la fraude⁸⁴. Cette base juridique a l'avantage d'une part, de donner à l'Union un large pouvoir d'appréciation de l'instrument juridique à choisir afin de concrétiser la mise en œuvre de cette protection, et d'autre part, limite la marge d'appréciation nationale. Mais la Commission avait conscience de la nécessité de laisser un certain degré de souplesse aux Etats membres, ce pourquoi en proposant l'article 325 §4 TFUE, elle souhaitait que soit adoptée une directive et non pas un règlement⁸⁵. Malgré cela, les Etats membres n'ont pas été favorables à cette base juridique et ont préféré une base plus souple, l'harmonisation sur le fondement de l'article 83 TFUE.

⁷⁸ Livre vert de la Commission européenne sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen (COM [2001] 715 final/n° E 1912).

⁷⁹ Règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

⁸⁰ Le parquet européen a déjà menée, seulement entre 1 juin et 31 décembre 2021, 313 enquêtes concernant la fraude en matière de dépenses non liées aux marchés publics (14 en France), 110 affaires sur la fraude en matière de dépenses liés aux marchés publics (1 en France), 132 enquêtes sur la fraude relative en matière de recettes non liées à la TVA (14 en France), et 34 enquêtes en matière de détournement (4 en France). Rapport annuel du Parquet européen 2021, p. 13, 30, 31.

⁸¹ L'article 310 TFUE §6 : « L'Union et les États membres, conformément à l'article 325, combattent la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

⁸² Commission européenne, Proposition de directive PIF, Bruxelles, COM(2012) 363 final, 11 juillet 2012, p. 6.

⁸³ Article 280 §4 TCE : 4. « Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres. Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres ».

⁸⁴ Article 325§ 4 TFUE : « 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 effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union ».

⁸⁵ Commission européenne, Proposition de directive PIF, Bruxelles, COM(2012) 363 final, 11 juillet 2012, p. 9.

La base juridique (retenue) pour l'harmonisation de la directive PIF. Au visa de la directive PIF se trouve finalement inscrit l'article 83 §2 et non pas l'article 325 §4 du TFUE. Le vœu de la Commission ne sera pas exaucé, mais il ne saurait lui être reproché d'être ambitieuse. Elle a d'ailleurs l'habitude d'être parfois trop ambitieuse en tant que porteuse des projets législatifs et promotrice de l'intérêt général de l'UE⁸⁶.

Pourtant, les intérêts financiers de l'UE ne figurent pas parmi les domaines principaux visés par l'article 83§1 TFUE pour une harmonisation pénale par une directive⁸⁷. Le rapprochement se fera, non pas sur base d'une harmonisation principale, mais accessoire⁸⁸. Cette harmonisation accessoire est fondée sur l'article 83§2 TFUE qui dispose que « *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 (...)* ». La protection des intérêts financiers de l'Union ayant déjà fait l'objet d'harmonisations⁸⁹, les Etats ont préféré cette base pour une harmonisation minimale.

Pour les Etats membres, l'article 83§2 TFUE permet non seulement de limiter le pouvoir de l'Union car n'intervenant que pour une harmonisation minimale, mais aussi, qu'ils y trouvaient un moyen de bloquer le processus dès lors que le projet menace « les aspects fondamentaux de son système de justice pénale »⁹⁰. Un autre débat se posait au tour de l'inclusion de la fraude à la TVA dans la définition des atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Les Etats membres souhaitaient écarter la TVA du champ d'application de la directive PIF, mais le parlement n'était pas d'accord. C'est grâce à l'arrêt sur « *l'affaire Tarricco* » que les débats avaient repris et conduit à l'adoption de la directive PIF⁹¹. La CJUE confirmait cependant sa jurisprudence, considérant que, dès lors qu'une personne est poursuivie pour la fraude à la TVA, nous nous plaçons dès lors sur le fondement du droit de l'Union. La fraude à la TVA impliquait forcément une atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Ce qui renvoie à l'application du droit de l'Union résultant de l'article 325 TFUE⁹². La directive PIF a cependant été adoptée pour poursuivre des objectifs précis au niveau de l'Union qu'il conviendra d'identifier.

B. Les objectifs d'harmonisation visés par la directive PIF

La directive PIF vise différents objectifs, elle définit certaines incriminations, mais pas seulement, elle fixe également le cadre de certaines questions telles que la responsabilité des

⁸⁶ Article 17 §1 et 2 TUE.

⁸⁷ Les domaines de la criminalité visée par l'article 83 §1 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.

⁸⁸ Alessandro BERNARDI, « L'harmonisation pénale accessoire », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 154-155.

⁸⁹ Il existait déjà notamment le Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la Convention PIF de 1995.

⁹⁰ Article 83 §3 TFUE ; Julie RONDU, *Op. cit.*

⁹¹ Conseil, Rapport de la présidence sur l'état des travaux de la proposition de la directive PIF, 15130/16, 2 décembre 2016, p. 1. Arrêt, CJUE, 8 septembre 2015, *Ivo Taricco et autres/Italie*, Aff. C-105/14 : Dans l'affaire « *Taricco* » la CJUE juge que l'infraction de la fraude à la TVA « constitue des cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

⁹² Arrêt, CJUE, Gde Ch., 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

personnes physiques et morales, la participation criminelle, voire organise le contour du régime de peines. Mais nous nous intéressons ici à l'objectif de la définition des incriminations et le rapprochement des législations nationales.

La définition commune des incriminations. La directive PIF affirme clairement l'objectif poursuivi dès l'article premier consacré à son objet. Cet article dispose qu'elle vise à établir « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions en matière de lutte contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, afin de renforcer efficacement la protection contre les infractions pénales qui portent atteinte à ces intérêts financiers, conformément à l'acquis de l'Union dans ce domaine* ». Cette définition fait suite à la proposition de la commission relative à la directive PIF de 2012. La Commission soulignait que l'Union « se doit de protéger l'argent du contribuable de la manière la plus efficace possible, en exploitant toutes les possibilités offertes par le traité sur l'Union européenne ». Ainsi, les difficultés liées aux disparités des règles de mise en œuvre de la convention PIF nécessitait une coordination par une définition commune des incriminations. Ces divergences ayant une incidence négative sur l'efficacité des politiques de l'Union visant à protéger ses intérêts financiers, une définition commune des infractions applicables par l'ensemble des États membres réduirait les risques de pratiques divergentes et permettrait de garantir une interprétation uniforme et de répondre de façon homogène aux exigences en matière de poursuites⁹³. Cet objectif apparaît également au considérant 4 de la directive PIF⁹⁴, mais cette harmonisation reste minimale.

Les définitions communes des incriminations sont donc minimales et laissent aux États membres la liberté d'organiser, s'ils le souhaitent, des définitions plus strictes que celles visées par la directive PIF. La difficulté réside dans le fait que cet objectif est confronté à une contrainte qui rend paradoxal l'objectif poursuivi. L'article 288 TFUE laisse entrevoir que la directive constitue un instrument à « double détente »⁹⁵ en ce sens qu'elle laisse aux États membres le soin de trouver le moyen et la forme nécessaire, pour autant que l'objectif commun est atteint⁹⁶.

Un État peut élargir le champ de définition donnée par la directive PIF à condition de prévoir une définition plus stricte. Le considérant 16 de la directive PIF précise d'ailleurs que : « *la présente directive prévoyant des règles minimales, les États membres sont libres d'adopter ou de maintenir des mesures plus strictes relatives aux infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ». Dès lors, au-delà de la définition commune, les États membres peuvent prévoir des mesures plus protectrices. Ce qui renvoie qu'un État membre peut définir l'infraction autrement que le droit de l'Union. Un État peut également maintenir la définition nationale préexistante, à la condition qu'elle puisse satisfaire aux exigences minimales fixées par la directive PIF. Ainsi, la crainte de disparités n'est pas moins présente, malgré la définition minimale. Il s'agit cependant d'une conséquence logique à l'harmonisation minimale. Sans viser à uniformiser ou unifier, les droits nationaux des États membres en seraient rapprochés. Toutefois, la prévision par

⁹³ Conseil, Rapport de la présidence sur l'état des travaux de la proposition de la directive PIF, *Op. cit.*, p. 4.

⁹⁴ Considérant 4 de la directive PIF : « *La protection des intérêts financiers de l'Union nécessite une définition commune de la fraude qui relève du champ d'application de la présente directive, qui devrait couvrir les comportements frauduleux portant atteinte aux dépenses, aux recettes et aux avoirs, au préjudice du budget général de l'Union européenne (ci-après dénommé « budget de l'Union »), y compris les opérations financières telles que les activités d'emprunt et de prêt ...* ».

⁹⁵ Denys SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, p. 2.

⁹⁶ Article 288 al 3, TFUE : « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

un Etat membre d'une définition différente à celle portée par la directive PIF devra néanmoins être plus stricte que celle (minimale) fixée par la directive PIF.

Le renforcement du rapprochement des législations pénales des Etats membres. Il s'agit d'une conséquence logique de la définition commune des incriminations en matière pénale. C'est l'objectif de principe pour toute directive en droit pénal substantiel⁹⁷. Cependant, la démarche étant celle d'harmonisation minimale, les critiques ne manquent pas, notamment sur le fait que le droit de l'UE semble recourir davantage à un exercice de la recherche de proximité qu'un véritable rapprochement tendant à obliger les Etats membres à coordonner leurs incriminations⁹⁸. La convention PIF ayant déjà amorcé le rapprochement des législations pénales des Etats membres, la directive PIF s'inscrit dans la poursuite de ces efforts du rapprochement⁹⁹.

Des objectifs strictement encadrés. La protection des intérêts financiers de l'UE par le droit pénale de l'UE est limitée à ce qui est « strictement nécessaire et proportionné au regard de ses objectifs »¹⁰⁰, mais les Etats sont tenus à une obligation de résultat pour garantir cette protection. Les objectifs de la directive PIF sont dès lors assorties des obligations et/ou exigences strictement encadrées.

L'exigence de la subsidiarité et de la proportionnalité. Ces exigences ressortent de l'article 5 du TUE qui impose que l'intervention de l'UE soit subsidiaire et proportionnée¹⁰¹. Ce qui implique que son intervention en matière pénale doit être justifiée par une nécessité d'atteindre un objectif commun déterminé, lorsqu'il ne peut pas être atteint de façon satisfaisante par des mesures nationales¹⁰². Le considérant 35 de la directive PIF justifie cette nécessité par le fait que son objectif « ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres mais peut, en raison des dimensions et des effets de l'action, l'être mieux au niveau de l'Union ». C'est que l'objectif poursuivi ne peut être efficace qu'à travers l'intervention de l'Union. L'intervention de l'UE ne serait donc pas résiduelle ou à défaut de mieux, mais un renfort pour mieux protéger¹⁰³. Cette directive affirme, plus qu'elle ne démontre, que son objectif « n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »¹⁰⁴.

L'obligation de résultat incombant aux Etats membres. L'article 288 TFUE impose aux Etats membres une obligation de résultat lorsqu'ils doivent transposer une directive. Cela signifie qu'ils doivent donner plein effet, aux obligations de la directive¹⁰⁵. Même s'ils peuvent employer

⁹⁷ Article 83 du TFUE.

⁹⁸ Daniel FLORE, « Droit pénal matériel et Union européenne », *In Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?* édité par Gilles DE KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p. 72.

⁹⁹ Considérant 3 de la directive PIF.

¹⁰⁰ Commission européenne, Proposition de directive PIF, du 11 juillet 2012, p. 5.

¹⁰¹ Article 5 du TUE.

¹⁰² Article 67 §3 du TFUE : « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales.

¹⁰³ Lire à ce sujet pour aller loin, Xavier PIN, « Subsidiarité versus efficacité », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, Société de législation comparée, Paris, 2012, p. 49.

¹⁰⁴ Considérant 35 de la directive PIF.

¹⁰⁵ Arrêt, CJUE, du 24 juin 2019, *Popławski*, affaire C-573/17, EU:C:2019:530, pts 54-55, rappelé dans l'arrêt CJUE, 14 octobre 2021, *Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației c/ NE*, affaire C- 360/20, pt 33 : « le

les moyens et la procédure de leur choix. La Cour de justice a, à ce sujet, jugé que « l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE met à la charge des États membres une obligation de résultat précise, s'agissant de l'adoption de mesures dissuasives et effectives ainsi que de leur obligation de prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers, et qui n'est assortie d'aucune condition. Cette disposition a, dès lors, pour effet, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, dans son rapport avec le droit interne des États membres, de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de son entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante »¹⁰⁶.

L'exigence de clarté. La directive PIF ne l'indique pas expressément, mais elle résulte du droit de l'Union. En effet, l'obligation étant faite aux États membres de prendre des mesures afin d'assurer la protection pénale effective des intérêts financiers de l'UE à la lumière de la directive PIF, il apparaît que chaque État membre doit déterminer clairement les normes qu'il met en place en vue d'assurer cette protection. Ces normes doivent être rédigées en des termes clairs et dépourvus de toute ambiguïté. Cette référence permet de connaître avec certitude la norme applicable mais aussi permet d'évaluer la conformité avec les exigences de la directive PIF. Une sorte de repère car, ce n'est que lorsque le droit national est suffisamment clair et de nature à garantir la pleine application de la directive qu'il peut être jugé conforme au droit de l'UE¹⁰⁷.

A ce contour du cadre juridique s'ajoute un enrichissement du champ d'application de la directive PIF dont les particularités en matière de détournement méritent d'être identifiées.

§2. Les particularités du détournement dans la directive PIF

La Commission par sa proposition de la directive PIF en 2012 exprimait déjà l'agacement de l'Union à l'égard de détournement. En fixant le cadre général de sa proposition elle relevait dès l'entame que « l'objectif du budget de l'Union, qui est d'améliorer les conditions de vie et de stimuler la croissance et l'emploi, est mis en péril si les fonds sont **détournés**, surtout en période de responsabilisation et d'assainissement budgétaire et de réformes structurelles en faveur de la croissance »¹⁰⁸. En effet, selon ses communications « les cas de fraude présumée représentent chaque année quelques 600 millions d'euros, tant en recettes qu'en dépenses, malgré le cadre juridique en vigueur »¹⁰⁹. Il était donc nécessaire d'adapter les moyens de lutte contre ces atteintes.

L'extension des incriminations de détournement est faite par la directive PIF à deux volets. D'une part, le législateur élargit le champ d'application des incriminations de fraude (A) et d'autre part, il incrimine spécialement le détournement commis par l'agent public (B).

principe de primauté du droit de l'Union impose à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union, le droit des États membres ne pouvant affecter l'effet reconnu à ces différentes normes sur le territoire desdits États ».

¹⁰⁶ Arrêt, CJUE, 14 octobre 2021, *Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației c/ NE*, pt., 36 ; Voir également en ce sens, arrêt du 8 septembre 2015, *Ivo Taricco et autres/Italie*, C- 105/14, EU:C:2015:555, pts 51 et 52.

¹⁰⁷ Arrêt, CJCE, 23 mai 1985, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-233/00, Rec. I-6625, pt. 76 ; autre arrêt CJCE, 20 Novembre 2003, *Commission c/ France*, aff. 296/01, Rec. I-13909, pt. 55.

¹⁰⁸ Commission européenne, Proposition de directive PIF, du 11 juillet 2012, p. 2.

¹⁰⁹ Commission européenne, Communication (2011) 595 final, accompagné des documents de travail des services de la Commission SEC, (2011) 1107 final, SEC, (2011) 1108 final et SEC (2011) 1109 final.

A. L'élargissement des incriminations de fraude

La convention PIF précisait déjà deux formes d'incriminations, la fraude en matière de dépenses et la fraude en matière de recettes. Le rapport « *Corpus juris* », critiquait la nécessité de séparer les deux types d'incriminations¹¹⁰. Bien que la directive PIF s'inspire de ces travaux, ses critiques n'ont pas été suivies. Au contraire, le législateur de l'UE conforte sa position en incriminant séparément la fraude en matière de dépenses liées aux marchés publics, de celles non liées à la passation de marchés publics. Il incrimine également sous un autre régime la fraude en matière de recettes lorsqu'elle porte préjudice aux intérêts financiers de l'UE.

Bien que le « *Corpus juris* » ait le mérite de préciser que les éléments constitutifs de ces deux catégories d'infractions seraient « rigoureusement » les mêmes¹¹¹, il n'en est pas ainsi en ce qui concerne leurs préalables. Ainsi, le contexte de dépenses en matière de fraude est déterminant pour qualifier l'une et l'autre de ces incriminations. De même, l'auteur de la fraude en matière de recettes doit nécessairement se trouver dans le contexte de ces recettes pour que l'incrimination se caractérise.

En outre, la convention PIF ne visait que les fonds de l'Union. Cette incrimination ne permettait pas d'inclure d'autres biens. La directive PIF élargit le champ de ces incriminations en visant à la fois les fonds, mais également les avoirs de l'UE ou géré par lui, par ses institutions ou pour son compte¹¹².

Outre l'élargissement du champ de ces incriminations, le détournement est aussi spécialement incriminé lorsqu'il est commis par un agent public.

B. L'incrimination spéciale du détournement de l'agent public

Au départ, l'Union n'incriminait pas sous un régime spécial les abus commis par les agents publics. Les rapports annuels de l'OLAF¹¹³ témoignent cependant que des abus en tout genre sont présents au sein même des institutions, organes ou organismes de l'Union, tout comme au niveau interne, par les agents publics exerçant au sein des institutions publiques des Etats membres. C'est ainsi que l'article 4 §3 de la directive innove en incriminant spécialement le détournement de l'agent public. Cette incrimination ne constitue pas une fraude au sens strict, mais une incrimination spéciale qui vise « le comportement d'un agent public qui détourne des fonds ou des biens de leur destination prévue, dans l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne »¹¹⁴.

Les particularités de la directive PIF semblent permettre une protection plus étendue des intérêts financiers de l'Union. Les Etats sont ainsi appelés à en saisir la portée réelle afin de les appliquer correctement. Dès lors, il convient d'analyser le contenu de ces incriminations de détournement en droit de l'UE.

¹¹⁰ *Corpus juris Op. cit.*, p. 49.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Article 3 de la directive PIF.

¹¹³ Rapport de l'OLAF 2019, p. 22-24 ; de 2020, p. 34-35.

¹¹⁴ Commission, Proposition de la directive PIF 2012, du 11 juillet 2012, p. 10.

Chapitre 2. Les composantes du détournement en droit de l'Union

Précisons d'entrée de jeu que ces incriminations européennes ne peuvent à elles seules constituer l'infraction. N'étant pas d'application directe, la directive requiert une transposition en droit interne afin qu'elle trouve application au travers des droits nationaux des Etats membres. Il en résulte que « les poursuites ne peuvent être engagées que sur la base d'une incrimination du droit interne. (...) Le droit communautaire (de l'Union) n'entre dans le contentieux pénal que par de petites portes »¹¹⁵. L'identification de leurs composantes permet cependant de saisir la portée de l'harmonisation et constitue une référence permettant de contrôler la mise en œuvre de la directive PIF au sein des Etats membres, comme il sera question de vérifier en droit français dans le deuxième titre de cette partie.

Ainsi, selon la directive PIF, les actes de détournement constituent, soit des éléments constitutifs de la fraude au préjudice des intérêts financiers de l'Union (section 1), soit encore une incrimination spéciale (Section 2). Dans la première catégorie il s'agit d'incriminations applicables à quiconque ; tandis que la seconde vise spécialement les agents publics.

Section 1 : Le contenu du détournement constitutif de la fraude au préjudice de l'UE

La fraude constitue l'infraction de référence lorsqu'il s'agit d'atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Assez souvent réduites à tort, toutes les atteintes aux intérêts financiers de l'Union ne tombent cependant pas sous le régime de la fraude. Le terme fraude est parfois utilisé en droit de l'UE au sens large. Elle consiste cependant en « la revendication d'un droit sur une base mensongère, par falsification, dissimulation ou manœuvres »¹¹⁶.

La fraude se trouve incriminée en droit de l'Union depuis la convention PIF, la directive PIF a cependant permis d'étendre son champ d'application. Le détournement en constitue un des éléments constitutifs. Ce nouveau texte incrimine le détournement selon qu'il constitue une des composantes de la fraude en matière de dépenses (§1) ou qu'il matérialise la fraude en matière de recettes (§2) portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

§1. Le détournement comme composante de la fraude en matière de dépenses

La fraude en matière de dépenses est incriminée selon que l'acte est commis dans le cadre de dépenses non liées à la passation de marchés publics (A) ou qu'il est commis dans le cadre de dépenses liées aux marchés publics (B).

A. Le détournement constitutif de la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics

Référence textuelle : article 3 § 2 de la directive PIF. Le détournement constituant cette fraude consiste en tout acte ou omission relatif(ve) : a (i) i « à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte ». Le détournement ici résulte d'un acte de tromperie. Et le point (a (iii)) du même article vise le « détournement de fonds ou avoirs provenant du budget de l'Union ou

¹¹⁵ Michel MASSE, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », in RSC, Paris, Dalloz, 1996, p. 937.

¹¹⁶ Aude BOUVERESSE, « La fraude dans l'abus de droit », *Op. cit.*, p. 18.

des budgets gérés par l'Union ou pour son compte, à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés ».

Cette incrimination comporte des conditions préalables (1) qui doivent être réunies avant que le détournement qui le caractérise soit recherché parmi les éléments « strictement » constitutifs (2).

1. Conditions préalables

Le contexte de la commission de l'infraction : *l'existence d'une dépense non liée à la passation de marchés publics.* Pour être établi, ce détournement doit se réaliser dans le cadre de dépenses non liées à la passation de marchés publics. La directive ne définit pas ce qu'il faut entendre par dépenses non liées à la passation de marchés publics. Il doit cependant s'agir de dépenses réalisées en dehors du cadre de passation de marchés publics.

Pour atteindre ses objectifs, l'Union mène des actions tendant notamment à soutenir les citoyens, à accompagner certains projets de développement, contrats ou travaux de recherche. Il en est ainsi des dépenses dans le cadre des financements provenant du Feader¹¹⁷, ou de fonds d'asile, migration et intégration,¹¹⁸ ou encore des dépenses dans le cadre du programme de l'UE pour le travail et l'innovation sociale (Easi)¹¹⁹. Ainsi, a agi dans le cadre d'une dépense non liée à la passation de marchés publics, l'agriculteur qui a reçu le financement de l'Union afin d'étendre ou moderniser son activité par l'achat de nouvelles machines, qui achète plutôt une maison pour ses enfants.

L'existence d'un accord. La directive PIF ne fait pas expressément référence au terme accord, il résulte cependant de la lecture de l'article 3 de cette directive. Le terme accordé suppose qu'entre l'agent et l'Union un engagement ait été pris. L'incrimination nécessite que l'auteur ait fait un usage autre que celui pour lequel les fonds ou avoirs lui ont été initialement attribués. L'article 310 du TFUE exige, en principe, que toutes les dépenses de l'Union aient une base juridique contraignante¹²⁰. Il s'ensuit que les obligations qui s'imposent à l'agent doivent avoir été consignées dans un accord, une convention, sous forme d'un contrat ou de subvention...

L'Union accorde régulièrement des subventions. Il s'agit des aides financières accordées aux bénéficiaires pour financer soit un projet ou une action définie (subvention à projet) ou encore pour financer une partie des dépenses opérationnelles d'un subventionné (subvention opérationnelle). L'Union les subordonne cependant à des obligations afin d'atteindre les objectifs visés dans ces engagements. En l'absence d'un lien juridique, cette incrimination ne saurait être caractérisée. Cet

¹¹⁷ Règlement (UE) 2021/2115 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 établissant des règles régissant l'aide aux plans stratégiques devant être établis par les États membres dans le cadre de la politique agricole commune (plans stratégiques relevant de la PAC) et financés par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), et abrogeant les règlements (UE) no 1305/2013 et (UE) no 1307/2013.

¹¹⁸ Règlement (UE) n ° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds «Asile, migration et intégration», modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n ° 573/2007/CE et n ° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil.

¹¹⁹ Règlement (UE) n ° 1296/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant un programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale (EaSI) et modifiant la décision n ° 283/2010/UE instituant un instrument européen de microfinancement Progress en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale, JO L 347 du 20.12.2013, p. 238–252.

¹²⁰ Article 310 §3 du TFUE : « L'exécution de dépenses inscrites au budget requiert l'adoption préalable d'un acte juridiquement contraignant de l'Union qui donne un fondement juridique à son action et à l'exécution de la dépense correspondante en conformité avec le règlement visé à l'article 322, sauf exceptions prévues par celui-ci ».

engagement doit avoir été accepté par l'agent pour qu'il lui soit opposable. Peu importe qu'il ait été vicié ou non dès le départ. Ce qui n'est pas à confondre avec l'ordre juridique interne français selon lequel l'usage des manœuvres frauduleuses afin de déterminer un engagement dont on sait ne pas respecter renvoie plutôt à l'escroquerie¹²¹.

L'objet accordé. L'article 3 a (i) et (iii) de la directive PIF vise les fonds ou avoirs accordés. L'accord doit nécessairement porter soit sur les fonds, soit sur les avoirs de l'Union provenant du budget de l'UE, des budgets gérés par l'UE ou encore gérés pour son compte.

Les fonds. Ils renvoient à l'argent. Il peut s'agir de l'argent liquide ou espèces, mais aussi, et assez souvent en monnaies scripturales. Peu importe que l'agent ait matériellement eu ces fonds ou non. Il suffit qu'ils lui aient été accordés et qu'il les ait reçus dans les conditions déterminées dans l'acte d'engagement.

Les avoirs. La portée de ces termes est ambiguë. La Convention PIF ne visait pas les avoirs. Il s'agit d'une innovation de la directive PIF. Les avoirs renvoient cependant aux éléments actifs du patrimoine. Il paraît plus large et inclut en même temps les fonds. La commission dans sa proposition faisait notamment référence aux biens en indiquant que le détournement « recouvre le comportement d'un agent public qui détourne des fonds ou des biens de leur destination prévue, dans l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne »¹²². Il s'agit de tous les actifs, biens meubles et immeubles, corporels et incorporels résultant de ce budget. Les emprunts et prêts accordés par l'UE proviennent du budget de l'UE et constituent également des actifs pouvant être admis comme avoirs susceptible de détournement¹²³. Le concept accordé qu'utilise le législateur de l'Union est large et admet tout type d'avoirs résultant des dépenses entrant dans la prévision budgétaire de l'UE. Celui qui reçoit une voiture de l'Union pour ses déplacements de service et s'en sert pour faciliter les activités commerciales de son épouse commet le détournement.

Ces avoirs doivent nécessairement provenir du budget de l'UE, du budget géré par l'UE ou pour son compte. Il n'est cependant pas nécessaire que les avoirs accordés appartiennent à l'Union. Il peut s'agir des avoirs de l'UE, mais également, comme l'indique le considérant 1 de la directive PIF, des avoirs appartenant aux Etats membres, lorsque les mesures portant atteinte ou menaçant d'y porter atteinte sont pertinentes pour les politiques de l'UE¹²⁴. L'article 3 de la directive PIF ne vise pas directement les avoirs des Etats membres, mais l'indication du considérant 1 de ce texte, bien que n'ayant pas une valeur juridique contraignante, est de nature à orienter l'interprétation de la jurisprudence de la CJUE en les intégrant. Dans un tel cas, ces avoirs des Etats membres seraient considérés comme gérés pour le compte de l'UE.

2. Les éléments « strictement » constitutifs

La fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics nécessite des éléments matériel et moral pour être établie.

¹²¹ Article 313-1 du code pénal français (CPF) ; Arrêt, Cass. Crim. 03 décembre 2014, n° 13-82.099 p : *D. actu.* 5 janvier 2015, *obs. Fonteix ; Droit pénal 2015, n° 17 (2^e esp.), obs Véron ; RSC 2015. 96, obs. Matsopoulou.*

¹²² Commission européenne, Proposition de directive PIF, Bruxelles, COM (2012) 363 final, 11 juillet 2012, p. 10.

¹²³ Considérant 4 de la directive PIF.

¹²⁴ Considérant 1 de la directive PIF.

a. L'élément matériel

En ce qui concerne son élément matériel, il se constitue notamment par l'acte de détournement lié à la fraude. Il s'agit ici d'une infraction complexe (en ce qu'il peut se réaliser par plusieurs actes matériels distincts), matérielle (en ce que l'agent doit effectivement atteindre son objectif pour qu'il soit établi) et à la fois de commission et d'omission.

Une matérialité complexe. Étant donné que l'étude porte sur la répression du détournement, l'analyse de l'élément matériel se limite aux actes de détournement liés à cette fraude. La fraude par détournement peut ainsi, soit résulter de la suite de l'usage par l'agent de certains procédés mensongers, ou encore par un détournement proprement dit de l'objet de l'incrimination.

La déclaration ou présentation de documents, faux, inexacts ou incomplets. L'article 3§2 a (i) de la directive PIF dispose que l'incrimination de la fraude est établie lorsque l'agent recourt « *i) à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte* ». L'agent doit avoir un dessein de malversation, il vise à tromper la vigilance d'autrui en exploitant des documents faux, inexacts ou incomplets. Le terme ayant pour effet est cependant ambigu, la directive ne précise pas si le détournement est le but poursuivi, par conséquent le résultat recherché par l'agent, ou s'il s'agit tout simplement d'une conséquence indépendante de son objectif. Toutefois, étant une incrimination intentionnelle, il nous semble que le recours à la fausse déclaration ou présentation des documents ayant « *pour effet* » le détournement constitue le résultat attendu par l'agent. L'auteur ne saurait à dessein viser faire une fausse déclaration ou présenter un document faux, inexact ou incomplet par simple plaisir. L'intention révèle la volonté pour l'auteur de tromper afin de détourner.

Sous réserve d'une confirmation jurisprudentielle, le détournement constitue le résultat de l'acte visé par l'agent. Il est cependant indissociablement lié à la déclaration ou la présentation de documents faux, inexacts ou incomplets. Il faut que cette présentation ou déclaration soit suivie d'effet, c'est-à-dire qu'elle conduise au détournement effectif pour que l'acte matériel soit caractérisé. La fraude ne sera que tentée si le comportement de l'agent a été interrompu par la découverte de la fausseté des déclarations ou des documents, ou leurs caractères incomplets ou inexacts et que les fonds n'ont pas été effectivement détournés. Ainsi, commettent la fraude par détournement des fonds de l'Union, les agriculteurs qui présentent « de fausses factures en vue d'obtenir un niveau de remboursement plus élevé pour les investissements en équipements qu'ils avaient réalisés dans leurs exploitations »¹²⁵.

Le moment d'appréciation du comportement incriminé. La directive vise l'utilisation ou la présentation « *de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs (...)* ». Il s'ensuit que le comportement peut viser le détournement ou la rétention des fonds. La Cour de justice considère que la déclaration peut même avoir été faite « *postérieurement à l'exécution du projet bénéficiant d'un financement pour créer l'illusion du respect des obligations prévues lors de la période de durabilité du projet* »¹²⁶. Ainsi pour la CJUE, la notion de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union couvre

¹²⁵ Rapport de l'OLAF de 2020, p. 16.

¹²⁶ Arrêt, CJUE, 14 octobre 2021, C-360/20, pt. 28.

« l'ensemble de la période au cours de laquelle le contrat de financement impose des obligations aux bénéficiaires, en ce compris la période de durabilité¹²⁷ ».

Le détournement. Selon les termes du §2 a) (iii) de l'article 3 de la directive PIF, la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics peut être constituée par tout acte (*ou omission*) relatif « *au détournement de tels fonds ou avoirs (provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte) à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés* ».

La directive PIF ne définit pas ce qu'il faut entendre par détournement, elle se limite à indiquer que le détournement des fonds ou avoirs est constitué dès lors qu'il a été commis volontairement. Le détournement consiste cependant au fait de détourner¹²⁸. A la différence des remises précaires, les dépenses non liées à la passation de marchés publics sont souvent des actes translatifs de propriété mais assortis d'obligations. Dans la plupart des cas, le détournement consiste en l'usage contraire à celui déterminé par l'accord conclu entre les parties. C'est donc le critère finaliste, l'agent à qui sont accordées des subventions est reproché pour les avoirs utilisés à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été destinés¹²⁹. Il n'est pas toutefois exclu qu'il s'agisse d'une remise précaire. Dans ce cas, le détournement consiste au fait de priver son propriétaire de son droit de reprise ou de le priver de toute possibilité d'exercer ses droits de propriété sur ces fonds ou avoirs qui lui ont été accordés¹³⁰ au préjudice de l'UE.

Une infraction de commission et d'omission. La directive PIF ne précise pas si le détournement requiert un acte positif ou peut également se consommer par un acte négatif. Bien que le point (a) du paragraphe 2 de l'article 3 de ce texte énonce que la fraude consiste en « *tout acte ou omission ...* », elle vise cependant trois catégories d'actes matériels, parmi lesquels le point (ii) relatif à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique requiert sans équivoque un acte négatif ou une omission. Il demeure cependant ambigu au sujet de la possibilité de retenir une omission volontaire comme constituant le détournement. La disposition nous paraît pour autant ouverte à l'admission d'acte d'omission. Il revient à la jurisprudence de préciser, à la lumière des situations concrètes dans lesquelles conditions une omission pourrait constituer le détournement volontaire.

L'objet de détournement. Pour qu'il soit établi, le détournement doit avoir porté soit sur les fonds, soit encore sur les avoirs accordés (article 3§2 (a) de la directive PIF). C'est le fait de faire un usage autre que celui pour lequel ils ont été initialement accordés qui caractérise l'incrimination. La Cour de justice a cependant jugé que « la provenance des fonds servant à satisfaire à une obligation attachée au contrat de financement est sans importance, dès lors que le respect de ladite obligation conditionne l'octroi et le maintien de fonds provenant du budget de l'Union »¹³¹. Cette jurisprudence ouvre la possibilité de retenir le produit résultant de fonds ou avoirs qui ont été accordés, dès lors qu'ils ont une incidence sur le respect des obligations déterminées dans l'engagement. Ainsi, celui qui détourne, non pas les fonds ou avoirs qui lui ont été accordés du

¹²⁷ Arrêt, CJUE, 14 octobre 2021, C-360/20, pt. 29.

¹²⁸ Larousse, *grand dictionnaire de synonymes et contraires*, Italie, 2005, « détournement ».

¹²⁹ Arrêt, Cass. crim, 26 sept. 1996, *Bull. Joly 1997*, n° I12, note BARBIERI ; Cass. crim., 9 Janv. 2008, *D. 2008, pan. 1577*, obs. MASCALA; *ibid.* 2009, pan. 123. obs. MIRABAIL: *RSC*, 2008, 595, obs. MASCALA; *Dr. pén.* 2008, 50, obs. VERON, cité par Philippe Bonfils et Ludivine Grégoire, *Droit pénal spécial*, Collection Cours, Paris, LGDJ, 2022, p. 278.

¹³⁰ Philippe BONFILS et Ludivine GREGOIRE, *Op. cit.*, p. 277.

¹³¹ Arrêt, CJUE, 14 octobre 2021, C-360/20, pt. 30.

budget de l'Union mais les produits résultant directement des fonds et avoirs de l'Union tombe sous le fondement de cette incrimination dès lors que ces produits servent à satisfaire une obligation attachée au contrat de financement. Il en est ainsi de l'agriculteur qui reçoit un financement pour l'achat des tracteurs pour ses activités agricoles, qui après les avoir achetés, les revend au plus offrant.

Le préjudice. La question du préjudice dans l'incrimination de la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics soulève une discussion. Les dispositions de l'article 3§2 a) de la directive PIF ne font pas référence à une atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Législateur de l'Union n'a pas souhaité insérer ces termes, comme il l'a pourtant expressément fait avec les autres incriminations de la même directive. Cependant, l'analyse de l'objectif général et la lecture « *a rubrica* » révèle d'une part que cette directive vise la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'UE et d'autre part, le titre II dans lequel se trouve cette incrimination renseigne qu'il s'agit des incriminations portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Il peut s'en déduire que cela requiert un préjudice aux intérêts financiers de l'UE.

b. L'élément moral : l'intention frauduleuse

En ce qui concerne, enfin, la composante intellectuelle de cette infraction, elle se réalise par intention frauduleuse. Il s'agit donc d'une infraction intentionnelle. L'agent doit agir avec volonté et conscience de nuire aux intérêts financiers de l'union en usant des fonds et avoirs dans une visée autre que celle convenue. L'article 3§1 de la directive PIF requiert que l'agent puisse avoir agi volontairement¹³². Le caractère intentionnel peut résulter de circonstances factuelles objectives¹³³. La fraude diffère cependant des irrégularités pouvant porter atteintes aux intérêts financiers de l'UE¹³⁴. Les actes involontaires ne rentrent pas dans le champ d'application de cette incrimination, même s'ils peuvent entraîner un préjudice aux intérêts financiers de l'UE. Les experts de « *Corpus Juris* » souhaitaient que certains comportements non intentionnels puissent également être incriminés¹³⁵, ils ne seront pas suivis sur ce point.

B. Le détournement constitutif de la fraude en matière de dépenses commis dans le cadre de la passation de marchés publics

Les détournements constituant la fraude en matière de dépenses relatives aux marchés publics sont très proches de ceux constituant l'incrimination de la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics. La convention PIF les incriminait d'ailleurs indistinctement sous le même régime¹³⁶. La directive PIF en fait cependant deux incriminations distinctes. Il sera également question de ne viser ici que les actes de détournement constituant cette incrimination. L'article 3§2 b) de la directive PIF dispose que constitue la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE : « *b) en matière de dépenses relatives aux marchés publics, à tout le moins en vue, pour son auteur ou une autre personne, de réaliser un gain illicite en causant un préjudice aux intérêts financiers de*

¹³² Article 3 §1 de la directive PIF : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union constitue une infraction pénale, lorsqu'elle est intentionnelle* ».

¹³³ Considérant 11 de la directive PIF.

¹³⁴ Définit par l'article 1 §2 du règlement (CE, EURATOM) 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

¹³⁵ *Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Paris, Economica, 1997, p. 65.

¹³⁶ Article premier de la Convention PIF.

l'Union, tout acte ou omission relatif: i) à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte; (...) ou iii) au détournement de tels fonds ou avoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés, qui porte atteinte aux intérêts de l'Union ».

Tout ce qui a été dit précédemment sur la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics s'applique *mutatis mutandis* à cette incrimination. Il ne sera alors question ici d'analyser que des particularités qui s'observent tant sur les conditions préalables de cette incrimination (1), mais aussi dans ses éléments « strictement » constitutifs (2).

1. Les particularités de conditions préalables de cette incrimination

Toutes les conditions analysées dans le cadre de la fraude en matière de dépenses non liées aux marchés publics sont applicables « *mutatis mutandis* » à cette fraude, sauf le contexte du marché.

La condition préalable particulière de la commission de l'infraction : existence des dépenses liées aux marchés publics. En effet, l'incrimination sous examen requiert spécifiquement que l'agent auteur se retrouve dans le contexte de dépenses liées aux marchés publics. Le considérant 6 de la directive PIF renvoi à la définition du règlement (UE, Euratom) no 966/2012, il s'agit de toutes les dépenses en lien avec les marchés publics définis à l'article 101, paragraphe 1 de ce règlement. Ainsi, les marchés publics sont définis comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, au sens des articles 117 et 190, en vue d'obtenir, contre le paiement d'un prix payé en tout ou en partie à la charge du budget, la fourniture de biens mobiliers ou immobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services* »¹³⁷.

Les marchés publics supposent des contrats à titre onéreux conclus nécessairement par écrit. Dès lors, l'agent doit avoir été impliqué par l'un ou l'autre contrat dans ces marchés publics. Il doit avoir été bénéficiaire des fonds ou avoirs dont il aura recherché le gain illicite au préjudice de l'UE.

2. Les spécificités de ses éléments « strictement » constitutifs

Comme toute autre, cette infraction emporte également une composante matérielle et morale qu'il sied d'analyser.

L'élément matériel. Les actes matériels sont les mêmes que ceux analysés dans le cadre de la fraude en matière de dépenses non liées aux marchés publics. Toutefois, il importe de préciser qu'en ce qui concerne le préjudice, le législateur de l'Union précise spécifiquement ici que le comportement de l'agent doit avoir porté effectivement atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Certains auteurs considèrent qu'il s'agit là d'une forme d'infraction matérielle spéciale. Dans la mesure où le comportement de l'auteur doit avoir causé un préjudice, mais encore faut-il qu'il l'ait porté spécifiquement sur les intérêts financiers de l'UE¹³⁸. Il s'agit d'une incrimination visant à protéger une victime particulière, l'Union européenne¹³⁹.

¹³⁷ Article 101§1 du règlement (UE, Euratom) no 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) no 1605/2002 du Conseil, JO L 298 du 26.10.2012, p. 1).

¹³⁸ Louise SEILER, *Op. cit.*, p. 79.

¹³⁹ *Idem*, p. 82.

Les intérêts financiers de l'UE correspondent à « *l'ensemble des recettes perçues et des dépenses exposées, ainsi que des avoirs, qui relèvent du budget de l'Union et des budgets des institutions, organes et organismes institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés par eux* »¹⁴⁰. Cette définition reprend la position adoptée par la Cour de justice qui considérait que l'expression « intérêts financiers » figurant à l'article 280 CE (actuelle 325 TFUE) « doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe non seulement les recettes et dépenses relevant du budget communautaire, mais, en principe, également celles qui relèvent du budget d'autres organes ou organismes institués par le traité CE »¹⁴¹.

Toutefois, cette notion soulève des difficultés. D'une part, le rapport explicatif de la Convention PIF¹⁴² sur les budgets gérés par l'Union ou pour son compte, révèle que de nombreux fonds européens figurent hors du budget général, notamment le Fonds européen de développement, destiné à apporter une aide aux pays tiers¹⁴³. Et d'autre part les considérants 1 et 4 de la directive PIF fait référence à d'autres éléments non visés par l'article 2 de ce texte. Selon le considérant 1 « *la protection des intérêts financiers de l'UE s'étend aussi à l'ensemble des mesures portant atteinte ou menaçant de porter atteinte aux avoirs de l'UE, ainsi qu'à ceux des Etats membres, lorsque ces mesures sont pertinentes pour les politiques de l'Union* ». Même les menaces sur les intérêts étatiques peuvent, à en croire l'interprétation qui ressort de ce considérant, dans une certaine mesure porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Les difficultés peuvent se poser quant à savoir quelles mesures portant atteinte ou menaçant de porter atteinte aux Etats membres seraient pertinentes pour les politiques de l'Union. De même le considérant 4 de cette directive apporte un autre détail. Il relève que la protection des intérêts financiers de l'Union nécessite une définition commune de la fraude qui « *devrait couvrir les comportements frauduleux portant atteinte aux dépenses, aux recettes et aux avoirs, au préjudice du budget général de l'Union européenne (ci-après dénommé « budget de l'Union »), y compris les opérations financières telles que les activités d'emprunt et de prêt* ». Incluant les emprunts et prêts, le contour de cette notion des intérêts financiers de l'Union est ainsi de nature à recevoir une interprétation large par la jurisprudence. Même si le considérant n'est pas une disposition impérative, il a une vraie valeur ajoutée en ce sens qu'il clarifie le texte.

Une atteinte éventuelle ne rentre donc pas dans le champ de cette incrimination. Cependant, sa tentative est également pénalement incriminée¹⁴⁴.

L'élément moral. Deux composantes spécifiques de l'élément moral de cette incrimination, le dol général et spécial.

Le dol général. Conformément à l'article 3 §1 de la directive PIF, il s'agit d'une incrimination intentionnelle. L'intention frauduleuse de l'agent est donc requise.

Le dol spécial. La fraude en matière de dépenses relatives aux marchés publics nécessite, pour être punissable, que l'agent ait recherché « *à tout le moins en vue, pour son auteur ou une autre*

¹⁴⁰ Article 2 §1 a) de la Directive PIF.

¹⁴¹ Arrêts : CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c. BEI*, C-15/00 Rec. 2003 p.1-7281, § 120 ; CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c. BCE*, C-11/00, Rec. 2003 p. I-7147 §, 89.

¹⁴² Rapport explicatif de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, texte approuvé par le Conseil le 26 mai 1997, (97IC 191/01), JOCE n° C 191 du 23 juin 1997, p. 1, § 1.1.

¹⁴³ J. Cl. Europe, Fasc.199 « Budget de l'Union européenne », *Op. cit.* cité par Louise SEILER, *Op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁴ L'article 5§ 2 de la Directive PIF, « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la tentative de commettre l'une quelconque des infractions pénales visées à l'article 3 ou à l'article 4, paragraphe 3, soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale* ».

personne, de réaliser un gain illicite »¹⁴⁵. C'est-à-dire, au-delà de l'intention de détourner, il faut caractériser le dol spécial. Il s'agit d'une prise en charge particulière du mobile visé par l'auteur. Cette recherche du gain illicite permet de distinguer nettement cette incrimination de la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics qui n'exige pas le dol spécial.

Outre ces deux incriminations, le législateur soumet à un régime particulier la fraude en matière de recettes.

§2. Le détournement constitutif de la fraude en matière de recettes

La fraude est incriminée autrement lorsqu'elle se rapporte aux recettes. Le législateur de l'Union incrimine ici deux types de fraude. Selon que la fraude porte sur les ressources provenant, soit de la TVA, soit des recettes autres que celles issues de la TVA pour laquelle le détournement constitue un des actes matériels. C'est la seconde hypothèse qui se rapporte à notre étude, qu'il convient d'en dégager les conditions préalables (A) et les éléments strictement constitutifs (B).

A. Les conditions préalables

La spécificité de la fraude en matière de recettes réside dans la caractéristique de la recette visée. Il faut nécessairement que l'agent se retrouve dans le cadre de recettes autres que celles issues des ressources propres à la TVA pour envisager cette incrimination. Il peut s'agir des recettes issues des « ressources propres » de l'UE¹⁴⁶ telles que « des frais de douane »¹⁴⁷, ou « *des prélèvements, primes, montants supplémentaires ou compensatoires, montants ou éléments additionnels et des autres droits établis ou à établir par les institutions des Communautés sur les échanges avec les pays non membres dans le cadre de la politique agricole commune, ainsi que des cotisations et autres droits prévus dans le cadre de l'organisation commune des marchés dans le secteur du sucre* »¹⁴⁸. Ou encore du taux d'appel uniforme au poids des déchets d'emballages en plastique non recyclés¹⁴⁹.

L'incrimination requiert donc l'existence d'un avantage résultant de ces recettes, et d'autre part, un avantage obtenu légalement pour l'envisager. La qualité officielle de l'agent importe peu, qu'il s'agisse d'un agent public ou d'un particulier.

B. Les éléments « strictement » constitutifs

Il convient d'identifier les éléments matériel (1) et moral de cette incrimination (2).

1. L'élément matériel

Deux composantes matérielles sont requises, un acte de détournement et le préjudice. A la différence des fraudes en matière de dépenses, le détournement ici ne porte pas sur les fonds ou avoirs, mais plutôt sur un avantage. Selon l'article 3§2 (c) iii) la fraude en matière de recettes

¹⁴⁵ Article 3 §2 b) de la directive PIF.

¹⁴⁶ Article 311 du TFUE.

¹⁴⁷ Article 2 de la décision (UE, Euratom) 2020/2053 du Conseil du 14 décembre 2020 relative au système des ressources propres de l'Union européenne, tel que : « *des prélèvements, primes, montants supplémentaires ou compensatoires, montants ou éléments additionnels, des droits du tarif douanier commun et autres droits établis* ».

¹⁴⁸ Article 2 §1 a) de la décision du Conseil du 24 juin 1988 relative au système des ressources propres des Communautés 88/376/CEE, Euratom.

¹⁴⁹ Article 2 §1 c) de la décision (UE, EURATOM) 2020/2053 du Conseil du 14 décembre 2020. « Le taux d'appel uniforme est de 0,80 EUR par kilogramme. Pour certains États membres, une réduction forfaitaire annuelle, définie au paragraphe 2, troisième alinéa, s'applique ».

consiste en tout acte ou omission relatif(ve) « *au détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant le même effet* », c'est-à-dire la diminution illégale de ressources du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte. L'auteur doit avoir détourné un avantage quelconque qu'il aura légalement obtenu.

Le texte ne précise cependant pas la nature de cet avantage. Serait-il de nature matérielle, financière ou pourra-t-il être également moral ? Il nous semble que le législateur n'ayant pas limité sa portée, il peut donc s'agir de n'importe quel avantage. Les seules exigences sont que cet avantage ait été légalement obtenu et entraîne un préjudice sur les intérêts financiers de l'UE.

Comme dans toutes les incriminations de cette directive, le caractère matériel et spécial du préjudice est requis. Le détournement doit ainsi porter préjudice en diminuant illégalement les ressources du budget de l'EU ou géré par elle ou pour son compte.

2. L'élément moral

De même que pour toutes les incriminations visées par la directive PIF, le détournement constitutif de la fraude en matière de recettes autres que les recettes issues des ressources provenant de la TVA, nécessite que l'auteur ait agi intentionnellement (article 3§1 directive PIF). L'agent doit avoir agi sciemment en sachant que son comportement détournait un avantage légalement obtenu et qu'il portait préjudice aux intérêts financiers de l'UE.

Section 2 : Le contenu du détournement spécialement applicable aux agents publics

Une incrimination nouvelle et spéciale. Au terme de l'article 4§3 de la directive PIF, « *on entend par « détournement », le fait, pour un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ». Il s'agit d'une incrimination nouvelle car ce comportement n'était pas spécifiquement incriminé par la convention PIF. Elle est ensuite spéciale dans la mesure où elle vise particulièrement le comportement des agents publics. Elle s'inscrit dans l'objectif de lutte contre les abus de pouvoir des agents publics. Comme l'a indiqué la Commission dans sa proposition, le détournement diffère de la fraude au sens strict, il « recouvre le comportement d'un agent public qui détourne des fonds ou des biens de leur destination prévue, dans l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne »¹⁵⁰. Cette incrimination requiert cependant des conditions préalables (§1) et des éléments « strictement » constitutifs (§2) propres.

§1. Les conditions préalables

L'article 4§3 de la directive PIF conditionne l'établissement du détournement à la preuve de la qualité d'agent public de l'auteur principal (A), mais aussi ce dernier doit avoir réalisé le comportement qui lui est reproché sur l'objet confié (B).

A. La qualité d'agent public

Les définitions de la directive PIF. La directive (UE) 2017/1371 a l'avantage de préciser ce qu'il faut entendre par agent public. Par agent public, selon l'article 4§4 a) de ce texte, il faut entendre, « *un agent de l'Union ou un agent national, y compris tout agent national d'un autre État*

¹⁵⁰ Commission européenne, Proposition de la directive PIF de 2012, p. 10.

membre et tout agent national d'un pays tiers ». Le §4 b) du même article ajoute « *toute autre personne investie 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* ». Le considérant 10 de cette directive rappelle la nécessité d'inclure cette définition dans les législations internes des États membres. Il importe de déterminer chacune de ces qualités visées.

1. L'agent de l'Union

Selon la directive PIF « *par «agent de l'Union», on entend une personne qui est : fonctionnaire ou autre agent engagé par contrat par l'Union au sens du statut des fonctionnaires de l'Union européenne et du régime applicable aux autres agents de l'UE fixé par le règlement (CEE, Euratom, CECA) (...), ou détachée auprès de l'Union par un État membre ou par tout organisme public ou privé et qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents de l'Union* »¹⁵¹. Trois types d'autorités sont ainsi visées, le fonctionnaire de l'Union, l'agent sous contrat auprès de l'UE et l'agent en détachement auprès de l'UE.

Le fonctionnaire de l'Union. Selon l'article 1 bis du règlement CEE, il s'agit de « *toute personne qui a été nommée dans des conditions prévues à ce statut dans un emploi permanent d'une des institutions de l'Union par écrit de l'AIPN de cette institution* ». Le § 2 de cet article ajoute que « *la définition figurant au §1 s'applique également aux personnes nommées par les organismes de l'Union (ci-après dénommés « agences ») auxquels le présent statut s'applique en vertu des actes qui les établissent...* »¹⁵² et l'article 1^{er} ter du même texte assimile les agents de certains services et organes aux institutions de l'Union.

Ne peut être considéré comme agent fonctionnaire de l'Union et soumis au régime de cet article que celui qui a été engagé par un acte écrit dans les formes requises par ce règlement¹⁵³. Sont donc exclus de cette catégorie tout fonctionnaire non nommé¹⁵⁴. La directive PIF assimile comme fonctionnaire de l'Union, les membres des institutions et organismes de l'Union. Si l'assimilation faite par le règlement trouve des exceptions et que les agents de certaines institutions ne sont pas soumis au statut de fonctionnaire de l'Union, ces limitations ne s'appliquent pas aux poursuites pouvant être menées contre certains agents selon la directive PIF. En effet, la directive PIF précise que l'assimilation qu'elle renvoie s'applique, même si le statut de fonctionnaire de l'Union ne s'applique pas aux membres des institutions, organes et organismes de l'Union¹⁵⁵. Le Parlement

¹⁵¹ Article 4§4 (i) de la directive PIF.

¹⁵² Article 1^{er} bis du règlement n° 31 (CEE) 11 (CEE) fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la communauté de l'énergie atomique, JO, 45, du 14 juin 1962, p. 1385.

¹⁵³ Trois conditions sont requises, 1. Être nommé dans les conditions prévues par le statut, 2. Être nommé sur un emploi permanent des institutions, 3. Être nommé par un acte écrit de l'AIPN. Lire Joao SANT'ANNA, « Sources et champ d'application du droit de la fonction publique de l'Union européenne (article 1er à 1er ter) », in *Statut de la fonction publique de l'Union européenne, commentaire article par article*, sous la direction de Ezio PERILLO et Valérie GIACOBBO PEYRONNEL, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 23.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ Article 4§4 a) (i) in fine de la directive PIF : « *Sans préjudice des dispositions sur les privilèges et immunités figurant dans les protocoles n° 3 et 7, sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union les membres des institutions, organes et organismes de l'Union créés conformément aux traités, ainsi que le personnel de ces derniers, pour autant que le statut ne s'applique pas à leur égard* ».

européen qui souhaitait exclure les membres des institutions de l'UE pour protéger les parlementaires n'a pas réussi à faire adopter sa position¹⁵⁶.

Ainsi, le député membre du parlement européen, de même que le personnel de la Banque centrale européenne (BCE) ou encore de la Banque européenne d'investissement (BEI), qui ne sont pas soumis au régime du statut de fonctionnaire de l'Union¹⁵⁷ sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union dans le cadre de la directive PIF et peuvent être poursuivis de ce chef pour détournement. Entre dans le champ d'application du détournement en raison de la qualité d'agent public (fonctionnaire de l'Union), le parlementaire qui emploie cinq assistants parlementaires accrédités pour travailler dans son bureau à Bruxelles, ainsi que 33 assistants locaux dans son État membre d'origine, dont on découvre des irrégularités dans l'utilisation de l'indemnité d'assistance parlementaire.¹⁵⁸ Ces faits instruits dans le cadre des investigations de l'OLAF font état des irrégularités et détournement des fonds de l'UE alloués pour l'assistance parlementaire. Les assistants étant rémunérés pour le travail non accompli ou pour certains, partiellement accompli.

Les agents engagés par contrat par l'Union. Il s'agit de toute personne engagée par un contrat en vue de travailler pour le compte de l'UE. Il peut s'agir d'un agent temporaire, d'agent contractuel, d'agent local, de conseiller spécial ou d'assistant parlementaire accrédité¹⁵⁹. Ce sont des agents qui, sans être fonctionnaire de l'Union, l'accompagnent dans la mise en œuvre de ses missions. A statut hybride, ils sont à la fois soumis aux règles contractuelles et réglementaires¹⁶⁰.

Il appert qu'un nombre important des agents de l'Union ne sont pas fonctionnaires. Le statut de fonctionnaire de l'Union permettant d'engager sous contrat jusqu'à une limite de « 75% du total d'agents respectivement, dans les agences, dans d'autres organismes situés dans l'UE »¹⁶¹. Il convient de signaler qu'à partir des années 1990, des personnes privées interviennent assez souvent dans la gestion des fonds et avoirs de l'UE. Il fallait donc tenir compte de cette catégorie et élargir cette incrimination pour la faire appliquer aux agents qui « ne sont pas investis d'un mandat officiel mais qui, néanmoins, de manière similaire, sont chargées d'une fonction de service public en liaison avec les fonds (et/ou avoirs) de l'Union »¹⁶².

Agent en détachement auprès de l'Union. Sont considérés également comme agents de l'Union au sens de la directive PIF, les agents nationaux ou agent de tout organisme public ou privé en détachement auprès de l'Union. Tout agent en détachement auprès de l'Union est considéré durant l'exercice de ses fonctions comme agent de l'Union dès lors qu'il « *exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents de l'Union* »¹⁶³.

Toutefois, un agent national peut être mis en position de détachement au niveau de son État, sans être agent national en position de détachement auprès de l'UE. Il en est ainsi du procureur européen et des procureurs européens délégués français qui sont en position de détachement selon le

¹⁵⁶ Document de la Présidence du Conseil, « Preliminary exchange of views on the proposal for a PIF Directive », du 5 septembre 2014, n°12880/14, disponible sur www.consilium.europa.eu, cité par Louise SEILER, *Op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁷ Joao SANT'ANNA, *Op. cit.*

¹⁵⁸ Rapport de l'OLAF de 2020.

¹⁵⁹ Article 1^{er} du règlement n° 31 (CEE) 11 (CEE).A).

¹⁶⁰ Lire à ce sujet Vincent HUC, « Le recours aux agents sous contrat : cadre général », in *Statut de la fonction publique de l'Union européenne, commentaire article par article*, sous la direction de Ezio PERILLO et Valérie GIACOBBO PEYRONNEL, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 462.

¹⁶¹ Article 3 bis du règlement n° 31 (CEE) 11 (CEE).A).

¹⁶² Louise SEILER, *Op. cit.* ; Considérant 10 de la directive PIF.

¹⁶³ Article 4 a) i de la directive PIF.

droit français¹⁶⁴, mais sont membres d'une institution de l'Union européenne et considérés comme agents fonctionnaires de l'Union (au sens de la directive PIF).

2. L'agent national

Selon les exigences de l'article 4 §4 (ii) de la directive PIF, « *les termes « agent national » s'entendent par référence à la définition du « fonctionnaire » ou de l'« agent public » dans le droit national de l'État membre ou du pays tiers dans lequel la personne en question exerce ses fonctions* ». Le législateur de l'Union a souhaité laisser la liberté aux Etats membres de définir ces notions, les divergences étant trop importantes dans les Etats membres. Toutefois, « *lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un agent national d'un État membre ou un agent 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* »¹⁶⁵. Il s'agit là d'une manifestation de l'identité nationale. Le terme d'agent national d'un Etat ne saurait recevoir toute sa portée dans un autre Etat que dans la mesure où il est compatible avec la définition que donne cet Etat.

De plus, la directive impose aux États membres d'inclure au rang d'agent national les personnes « *exerçant une fonction exécutive, administrative ou juridictionnelle au niveau national, régional ou local* ». Il en est ainsi du Président de la République, du Ministre, du maire de la ville, du fonctionnaire, du magistrat ou juge. Il en est de même de toute personne exerçant des fonctions législatives au niveau national, régional ou local aux agents nationaux¹⁶⁶, à l'exemple d'un parlementaire.

3. Les personnes investies d'une mission de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union

L'article 4 §4 b de la directive PIF identifie une autre catégorie d'agent public. Il s'agit de « *toute autre personne investie 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* ». Ce sont des personnes qui, sans entrer dans la catégorie d'agent de l'Union ou d'agent national, exercent une fonction de service public dans les États membres ou Etats tiers. Pour que ces personnes rentrent dans le champ d'application du détournement porté par l'article 4§3 de la directive PIF, leur gestion doit toucher aux intérêts financiers de l'Union ou comporter des décisions qui y sont relatives.

Ces indications de la directive PIF permettent de rapprocher davantage les droits nationaux des Etats membres. Même si les Etats membres sont libres de définir ces termes, ils sont tenus de respecter les exigences minimales ainsi fixées. Cela implique non seulement que les Etats membres doivent avoir des définitions de ces notions, à défaut ils sont invités à les définir, mais également que les définitions qu'ils donnent doivent donner plein effet aux obligations de cette directive.

¹⁶⁴ Article 72 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature ; décret du 24 août 2020 portant détachement, *in JORF*, 26 août 2020, NOR : JUSB2020461D, plaçant M. Frédéric BAAB, l'actuel procureur européen français en détachement.

¹⁶⁵ Article 4 §4 a (ii) al 2 de la directive PIF.

¹⁶⁶ Article 4 §4 a (ii) al 2 de la directive PIF.

B. Le fait de confier

La seule qualité d'agent public ne suffit pas, il faut en outre qu'il lui ait été confié des fonds ou avoirs pour que le détournement soit envisageable. Cela suppose l'existence d'un engagement et la nature spécifique de l'objet confié.

L'existence d'un engagement, (un acte de gestion). En effet, selon le vocabulaire juridique "confier" « c'est conférer à quelqu'un qui accepte la mission de prendre soin d'une personne ou d'une chose »¹⁶⁷. D'une part, elle suppose l'existence d'un engagement pris avec l'agent public. Le TFUE requiert pour toutes les opérations de dépenses de l'UE un acte juridique contraignant¹⁶⁸. Il peut s'agir d'une convention, d'une décision ou toute autre acte juridique. Il importe peu le procédé par lequel il lui a été confié. Qu'il ait reçu directement ou indirectement. Il peut lui avoir été confié la gestion, la garde, un service, ou l'exercice d'une mission. Mais également, cela suppose que l'agent ait accepté les fonds ou avoirs lui confiés.

De même, la directive n'exige pas qu'il s'agisse d'une remise faite dans le contexte de l'exercice ou en raison de ses fonctions. Il suffit que l'agent public ait détourné l'objet qui lui est confié alors qu'il avait accepté les termes de l'engagement et ce, pendant qu'il avait cette qualité d'agent public pour que la condition soit établie. Mais la nature de l'objet confié est également déterminante.

La nature de l'objet confié. Selon la directive PIF c'est à « *l'agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs...* » que l'on peut reprocher le détournement. Il peut l'avoir reçu à travers des institutions, organes et organismes de l'UE ou tout autre organe agissant pour son compte. Les fonds ou avoirs visés correspondent à ceux déjà analysés dans le cadre de fraudes auxquelles il convient de se reporter.

Pour que l'incrimination soit constituée, outre les conditions préalables il faut que les éléments « strictement » constitutifs soient réalisés par l'agent. A cela, la directive détermine aux Etats membres le contenu minimal qu'ils doivent prévoir dans leurs législations pénales nationales.

§2. Les éléments « strictement » constitutifs

L'incrimination du détournement de la directive PIF comporte des éléments matériel (A) et moral (B).

A. L'élément matériel

Pour que le comportement de l'agent puisse constituer l'infraction, les droits nationaux des Etats membres doivent nécessairement intégrer les deux composantes matérielles de ce détournement. Il s'agit d'une part, de l'existence d'un acte positif (1) et d'autre part, du préjudice (2).

1. Un acte positif

Deux types de comportement sont visés. Le législateur de l'UE fait référence au « fait d'engager ou de dépenser des fonds » et de « s'approprier ou d'utiliser des avoirs ».

¹⁶⁷ Gérard CORNU, *Op. cit.*, « confier ».

¹⁶⁸ Article 310 §3 TFUE : « *L'exécution de dépenses inscrites au budget requiert l'adoption préalable d'un acte juridiquement contraignant de l'Union qui donne un fondement juridique à son action et à l'exécution de la dépense correspondante en conformité avec le règlement visé à l'article 322, sauf exceptions prévues par celui-ci* ».

L'engagement ou les dépenses des fonds. Il consiste, selon la directive, au fait pour l'agent public « (...) auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds (...) d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union)¹⁶⁹. Le législateur ne précise pas si les termes engager ou dépenser sont synonymes ou constituent des composantes distinctes. Le détournement par engagement des fonds renvoie cependant à des décisions sur l'orientation des fonds qui sont autres que celle liée à la mission initialement confiée. Selon le vocabulaire juridique l'engagement dans le cadre de dépenses publiques constitue « l'acte qui, dans la procédure d'exécution des dépenses publiques, rend débitrices les personnes publiques ; acte par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résulte une charge »¹⁷⁰. Il en est ainsi du fait pour le maire a qui ont été confiés des fonds pour soutenir l'inondation dans sa ville qui achète des chaises pour son bureau. Constitue le détournement par engagement de fonds, le fait pour un préfet a qui ont été confié des fonds de l'UE dans le cadre de plan d'action du partenariat urbain pour l'inclusion des migrants et des réfugiés, qui les affecte au projet du financement de la construction des villas pour les anciens préfets.

Dépenser les fonds renvoi au fait de dilapider, c'est donc employer des fonds pour des fins complètement hors du cadre de dépenses budgétaire. C'est donc utiliser l'argent, le « déboursier », le « dissiper », le consommer ou encore le « gaspiller »¹⁷¹. Le détournement de fonds serait dès lors également constitué par le fait pour l'agent de dépenser des fonds. Il consiste pour l'agent de faire des opérations de sortie, soit pour des achats, des libéralités ou dons. Ainsi, détourne les fonds au préjudice des intérêts financiers de l'Union, le médecin directeur à qui avait été remis des fonds par l'Union pour soutenir les aides soignant dans la gestion de la crise pandémique à Covid-19 qui les dépense pour l'organisation d'un festin avec ses amis. De même rentre sous la qualification du détournement le fait pour un parlementaire de dépenser l'indemnité d'assistance parlementaire à des fins étrangères à celles pour lesquelles elle était employée. Notamment en payant des assistants qui n'ont jamais travaillé pour le compte de l'Union, ou en vue de soutenir de façon formelle ou informelle les élections législatives ou locales au sein du parti politique national¹⁷².

L'appropriation ou l'utilisation des avoirs. Le détournement par appropriation constitue une usurpation du droit de propriété. Il consiste pour l'auteur de s'attribuer les attributs de propriété sur des biens ou avoirs qu'il avait reçus en raison de ses fonctions. C'est donc « s'accaparer, s'attribuer, s'octroyer ou s'emparer » les avoirs au préjudice de l'UE. Constitue un détournement par appropriation le fait pour un bibliothécaire du Parlement européen de s'approprier des livres qui lui ont été remis pour la gestion en raison de ses fonctions.

L'utilisation des avoirs consiste à l'exploitation des avoirs. Le détournement par l'utilisation des avoirs consistera à leur exploitation à des fins étrangères à celles initialement destinées. Ainsi, constitue un acte de détournement par l'utilisation des avoirs au sens de la directive PIF, le fait pour un agent sous contrat de l'agence Frontex à qui a été confié des uniformes de service de les donner aux acteurs d'un film pour un tournage auquel son épouse est actrice.

¹⁶⁹ Article 4§3 de la directive PIF.

¹⁷⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, PUF, 2022, « Engagement ».

¹⁷¹ Paul ROBERT, *Le Petit Robert de la langue française*, sous la direction de Alain Rey et Josette Rey-DEBOVE, Paris, édition 2020 : « Dépenser ».

¹⁷² Rapport de l'OLAF de 2020, p. 35.

L'objet détourné. Selon la directive PIF, le détournement doit nécessairement porter sur des fonds ou des avoirs. L'article 4§3 al 2 dispose que le détournement est le fait pour l'agent public « *auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers* ». Si cette directive vise spécifiquement les fonds ou avoirs, elle ne précise pas si ces fonds ou avoirs objet de détournement doivent nécessairement être ceux confiés. Il est possible que les fonds ou avoirs dont l'agent a, à sa disposition constitue le produit de fonds ou avoirs initialement confiés, ou tout simplement connexes à ceux initialement confiés. D'ailleurs, le législateur considère qu'ils peuvent avoir été confiés directement ou indirectement.

Toutefois, le seul détournement ne suffit pas à caractériser cette incrimination, encore faut-il que le détournement commis par l'agent ait effectivement causé préjudice à l'Union.

2. Le préjudice

Pour que cette incrimination puisse se constituer, il faut nécessairement qu'il y ait un préjudice. L'article 4 §3 de la directive PIF précise que le détournement doit porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le développement fait sur le préjudice dans le cadre de fraude s'applique « *mutatis, mutandis* » à ce détournement.

B. L'élément moral

Le détournement est une infraction intentionnelle. L'article 4§3 de la directive PIF oblige les Etats membres à prendre « *les mesures nécessaires pour qu'un détournement, lorsqu'il est intentionnel, constitue une infraction pénale* ». Il requiert que l'agent ait agi sciemment en sachant, non seulement que son comportement violait la norme pénale, mais aussi qu'il détournait les fonds ou avoirs qui lui ont été confiés au préjudice des intérêts financiers de l'Union. Il importe peu qu'il ait personnellement tiré profit ou non de ce détournement.

####

Même lorsque l'incrimination est caractérisée selon la directive PIF, elle ne peut constituer l'infraction pour être punissable tant qu'elle n'a pas été prévue et punie par le droit interne des Etats membres. Ainsi pour que les auteurs des détournements des fonds et avoirs au préjudice de l'UE soient punis en droit français, il faut que ce droit ait, par voie de transposition, inséré dans son ordre juridique les incriminations visées par cette directive. Pourtant, sans faire une réelle transposition, le législateur français oppose une sorte de résistance en renvoyant la mise en œuvre de ces incriminations à son droit commun.

Il convient dès lors de mesurer l'étendue de cette résistance et ses incidences sur la mise en œuvre de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union en droit français, particulièrement en matière de détournement des fonds et avoirs au préjudice de l'UE.

Titre II : (...) à la résistance du législateur français en matière de détournement

Les incriminations portées par la directive PIF doivent être transposées dans les ordres juridiques des Etats membres pour être appliquées. Cette transposition concrétise le rapprochement des droits nationaux des Etats membres. Or, la France, bien avant la création d'un espace de communauté européenne devenu l'Union européenne, réprimait déjà les actes de détournement. Elle a estimé que son droit pénal d'avant la directive était en mesure de prendre en charge ces incriminations. Elle prendra néanmoins une ordonnance par laquelle elle renvoie la protection des intérêts financiers de l'UE au régime de ses infractions de droit commun.

La transposition de la directive n'impose pas à un Etat membre d'adopter une norme nouvelle. La méthode de renvoi nécessite cependant de rechercher dans la norme de renvoi, l'incrimination correspondante pour la faire appliquer aux atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Dès lors, après l'examen de la transposition de la directive PIF (Chapitre 1), il conviendra de faire une lecture pénale du contenu des incriminations françaises de détournement applicables à la protection des intérêts financiers de l'UE au visa de cette directive (Chapitre 2).

Chapitre 1. La transposition des incriminations de détournement en droit français

La directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017 devait être transposée dans les droits nationaux des Etats membres au plus tard le 6 juillet 2019. La France, qui n'a pas respectée cette obligation, s'est rattrapée dès la mise en demeure de la Commission¹⁷³ en adoptant l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal. Sans créer des incriminations spéciales, ni modifier les incriminations existantes, cette ordonnance fait un renvoi à son droit commun¹⁷⁴. Une sorte d'« absorption » par les infractions de son code pénal (Section 1). Cependant, un tel procédé entraîne inévitablement des incidences sur la portée de ces infractions qu'il conviendra d'évaluer (section 2).

Section 1. Une absorption par les incriminations françaises de détournement

L'absorption est l'action d'absorber. C'est une sorte de fusion¹⁷⁵ qui consiste à « absorber » c'est-à-dire laisser pénétrer et retenir dans sa substance, ou encore faire disparaître en soi, c'est donc occuper complètement¹⁷⁶. En l'espèce, il s'agit d'une logique de dilution d'une norme internationale dans l'arsenal juridique français, ou plus précisément dans une ou plusieurs infraction(s) déjà existante(s) en droit interne français.

La tension entre le droit pénal de l'Union et le droit pénal interne, notamment français s'observe par les logiques bien défendues par l'un et l'autre. Si l'Union vante sa primauté, la France oppose sa souveraineté nationale. Mais l'un et l'autre sont soumis à l'exigence de la légalité. Il

¹⁷³ Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive (UE) 2017/1371 du 6 septembre 2021, p. 2 : « Le délai de transposition de la directive en droit national a expiré le 6 juillet 2019. À cette date, seuls 12 États membres avaient notifié la transposition complète de la directive. La Commission a engagé des procédures d'infraction à l'encontre des 14 États membres participants restants et leur a adressé des lettres de mise en demeure en septembre 2019 ».

¹⁷⁴ Michel AYRAL, « La transposition des directives dans les droits nationaux », in *RMC* 1977, pp. 411-422, spéc. p. 413 : L'application de la directive et sa transposition doivent cependant être distinguée « l'application est (...) la mise en vigueur effective « des dispositions de la directive en droit interne », la transposition étant l'opération juridique de droit national permettant cette mise en vigueur ».

¹⁷⁵ Gérard CORNU, *Op. cit.*, « absorption ».

¹⁷⁶ *Dictionnaire Le Robert, collègue*, sous la direction de Marie-Hélène DRIVAUD, Paris, 2012, « absorber ».

convient ainsi d'analyser la transposition française par l'ordonnance n° 2019-963 à la lumière du principe de légalité cher au droit pénal¹⁷⁷. La démarche consiste à l'opposer aux exigences de l'UE dans la mise en œuvre de la directive PIF (§1) ensuite évaluer le renvoi qu'elle opère (§2).

§1. L'ordonnance n° 2019-963 et les exigences de la mise en œuvre de la directive PIF

Les exigences européennes de la transposition de la directive. La transposition de la directive obéit à des règles précises. Pour que l'effet visé par la directive puisse se matérialiser dans les Etats membres, il faut nécessairement que la transposition respecte les exigences fixées par le droit de l'Union. Selon l'article 288 TFUE, « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Le traité laisse une certaine liberté aux Etats membres, mais cette liberté dépend des objectifs communs définis selon chaque directive¹⁷⁸. Les obligations dépendent de l'intensité de l'engagement¹⁷⁹. Toutefois, si la transposition ne consiste pas à recopier exactement la norme communautaire, elle vise « l'adaptation sans dénaturation »¹⁸⁰ de la norme transposée, en l'occurrence, la directive PIF. Or, il n'existe pas en soi un catalogue des exigences européennes de transposition, chaque instrument déterminant la portée d'obligation imposée aux Etats membres pour l'harmonisation¹⁸¹. La marge de liberté laissée aux Etats membres dans le cadre de l'opération de transposition dépend étroitement de la règle de droit prescrite par la directive.

Selon le cas, la disposition peut se limiter à énoncer un simple objectif et l'Etat membre demeure libre de déterminer les moyens permettant de satisfaire cet objectif. Ou encore, la disposition communautaire peut être une véritable règle de droit en ce qu'elle prescrit, en sus de l'objectif à atteindre, les moyens d'y parvenir, son contenu normatif. La question porte alors sur la détermination du contenu de la règle de droit¹⁸². Ainsi, il convient de vérifier, en matière de détournement, les exigences qui ont été posées par la directive PIF aux Etats membres afin de confronter leur mise en œuvre en droit français. Cette vérification se fait non seulement au regard du contenu même des dispositions, mais aussi de l'objectif général poursuivi¹⁸³. L'objectif poursuivi par la directive PIF consiste à la définition minimale des incriminations portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE¹⁸⁴. A cet objectif général s'ajoute l'obligation faite précisément aux Etats membres de faire en sorte que les normes de comportements visées par cette directive puissent constituer des infractions. Il importe de le rappeler, le droit de l'Union ne crée pas des infractions, mais fixe les normes de comportement et c'est au législateur interne de faire en sorte que les comportements ainsi visés puissent constituer des infractions en droit interne.

L'article 3 de la directive PIF précise que « *1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union constitue une infraction pénale, lorsqu'elle est intentionnelle. 2. Aux fins de la présente directive, les éléments*

¹⁷⁷ Michel MASSE, *Op. cit.*, p. 942.

¹⁷⁸ Arrêt, CJCE, 23 novembre 1977, *affaire Enka*, n° 38/77, *Rec*, 2203, pt. 11. « La compétence laissée aux Etats membres, en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil et la Commission entendent voir atteindre ».

¹⁷⁹ Célia ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires, étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 2007, p. 7.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 8.

¹⁸¹ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁸² *Idem*, p. 40.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 42-74.

¹⁸⁴ Article 1^{er} de la directive PIF.

suivants sont considérés comme étant une fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (...). De même que l'article 4 §3 du même texte dispose que « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'un détournement, lorsqu'il est intentionnel, constitue une infraction pénale. Aux fins de la présente directive, on entend par « détournement (...) ». La directive impose par-là aux Etats membres de manière précise les comportements qui doivent constituer des infractions. Il s'ensuit que le législateur français est nécessairement tenu, pour donner plein effet à la directive PIF, de faire en sorte que tous les comportements visés par cette norme européenne entrent dans la qualification pénale d'une infraction en droit français. A défaut il y aurait manquement à l'obligation de transposition de la directive, soit en raison d'une absence de transposition, d'une transposition insuffisante, soit encore en raison d'une transposition incorrecte. Ainsi il convient de vérifier ce qu'a fait la France à travers l'ordonnance n° 2019-963.

L'Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019¹⁸⁵. Cette ordonnance du Président de la République prise sur habilitation du gouvernement, est présentée comme celle qui transpose la directive PIF. En France, l'obligation de la transposition constitue une exigence constitutionnelle¹⁸⁶. Ce texte doit non seulement obéir aux exigences communautaires, mais également garantir une cohérence de la norme dans l'ordre juridique interne¹⁸⁷ en respectant certaines règles formelles et substantielles.

Sur le plan formel. L'Union n'ayant pas d'exigence particulière quant à la forme et au moyen de transposition¹⁸⁸, il appartient à l'Etat membre de faire le choix de l'instrument de transposition. Cet instrument doit cependant être en mesure de contenir la norme de l'Union dans toute sa portée, mais il doit aussi être conforme aux exigences de l'ordre juridique interne français. Etant donné que la directive porte sur une matière pénale, sa transposition en France doit se réaliser en principe par une loi,¹⁸⁹ sauf l'exception d'une autorisation accordée au gouvernement d'intervenir dans le domaine de la compétence de la loi¹⁹⁰. La France a opté pour l'exception à la transposition de la directive PIF. C'est le Gouvernement et non le Parlement qui a eu à adopter l'ordonnance n° 2019-963 pour transposer la directive PIF. Cette ordonnance n'indique pour autant pas qu'elle transpose cette directive. Ni son intitulé, encore moins le contenu des 5 articles qu'elle comporte ne détermine cette transposition. Elle cite néanmoins la directive PIF dans son visa, mais pas uniquement, est également visé le TFUE. Finalement, c'est de l'habilitation faite au gouvernement pour la transposition de la directive PIF¹⁹¹ et le rapport accompagnant cette ordonnance¹⁹² que se déduit cette transposition.

¹⁸⁵ Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, *JORF* n°0218 du 19 septembre 2019.

¹⁸⁶ V.CC., décision n°2004-496 DC, 10 juin 2004, loi sur la confiance dans l'économie numérique, *JORF*, 22 juin 2004, p. 11182, Cons. 7.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 18.

¹⁸⁸ Article 288 TFUE.

¹⁸⁹ Article 34 alinéa 1^{er} de la Constitution française : « *La loi fixe les règles concernant (...) - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; (...)* ».

¹⁹⁰ Article 38 de la Constitution française.

¹⁹¹ L'article 202 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire à la transposition de la directive PIF.

¹⁹² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, NOR : *JUSD1918088P*, 19 septembre 2019 : « La présente ordonnance a pour objet de transposer la directive (UE) 2017/1371 », p. 1.

La question qui se pose est celle de savoir si cette ordonnance se limite à la mise en œuvre en France de la directive PIF ou s'applique-t-elle à l'ensemble des atteintes aux intérêts financiers de l'Union. En effet, il est intitulé qu'elle se rapporte à : « la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal ». Pourtant, la directive PIF ne constitue pas la seule source de protection des intérêts financiers de l'Union. Pourra-t-elle également prendre en charge d'autres incriminations européennes visant à protéger les intérêts financiers de l'EU ?

Selon l'article 38 de la Constitution française, le Gouvernement peut être autorisé par le Parlement, durant une période déterminée, à prendre certaines mesures qui entrent dans le domaine de la loi. Le Gouvernement qui reçoit mandat temporaire ne doit prendre des mesures que conformément à l'habilitation ou dans les limites de son mandat, tout dépassement constitue une violation de termes de l'habilitation et peut ainsi faire l'objet d'annulation par le Parlement. C'est ainsi que la Constitution oblige le parlement à fixer un délai d'habilitation et impose une ratification expresse dans le délai indiqué. A défaut de ratification, le texte devient caduc¹⁹³.

L'autorisation faite par le Parlement pour transposer la directive PIF était pour une durée de 12 mois à partir de la publication de la loi d'habilitation¹⁹⁴, l'ordonnance du gouvernement a été prise dans le respect de ce délai¹⁹⁵. Même s'il peut être déploré d'avoir privé à cette transposition de la directive PIF d'un vrai débat démocratique devant le Parlement, ce dernier a, par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, ratifié cette ordonnance et lui a donné la valeur législative¹⁹⁶. La difficulté est que cette loi de ratification n'apporte pas de réponse sur les limites de l'ordonnance ainsi prise par le gouvernement. La réforme apportée par cette ordonnance ratifiée est incorporée dans la partie législative du code pénal et constitue une norme législative de référence en droit pénal français. Mais outre la forme, l'ordonnance doit spécialement être évaluée également sur le fond.

Sur le plan substantiel. L'ordonnance n°2019-963 n'apporte aucun élément permettant d'évaluer, au fond, sa compatibilité aux exigences de la directive PIF. En effet, trois des cinq dispositions que comporte cette ordonnance visent les incriminations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au rang desquels figurent les actes de détournement. Mais, ce texte se limite à effectuer un renvoi aux infractions préexistantes en droit français. En matière de détournement, il est opéré à l'article 2 de l'ordonnance en étudie un renvoi aux infractions du code pénal français. Dès lors, l'appréciation des exigences de la transposition de la directive PIF à partir de cette ordonnance ne saurait suffire pour évaluer la conformité du droit français, encore faudrait-il évaluer le texte de renvoi pour saisir la portée des infractions visées et leurs compatibilités aux exigences de la directive PIF.

¹⁹³ Article 38 alinéa 2 de la Constitution française.

¹⁹⁴ Article 202 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019.

¹⁹⁵ La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 a été publiée au journal officiel (JORF) n°0119 le 23 mai 2019, l'ordonnance sur habilitation a été signée le 18 septembre 2019, soit environ 4 mois après.

¹⁹⁶ Article 30 de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

§2. Le renvoi aux incriminations de droit commun français

L'ordonnance n° 2019-963 opère un renvoi à des infractions précises soit du code pénal (que nous qualifions ici de droit commun), soit encore du code des douanes (qui ne nous intéresse pas en particulier). Concrètement, en matière de détournement, il est opéré un renvoi aux infractions spécifiques du code pénal. Toutefois, la question sur l'indication exhaustive ou non par cette ordonnance des infractions applicables à la protection des intérêts financiers de l'UE se pose.

Une fixation des infractions de référence. L'article 2 de l'ordonnance n°2019-963 fait un renvoi notamment au régime de l'abus de confiance (article 314-1 du CPF) et crée un article 314-1-1 au CPF pour la sanction en cas d'atteinte au préjudice de l'UE. Elle renvoie également au détournement de biens contenus dans un dépôt public (article 433-4 du CPF) lorsque les détournements sont commis par quiconque, indifféremment de la qualité officielle. Mais aussi renvoie à l'infraction spéciale de détournement (article 432-15 du CPF) lorsque le comportement est réalisé par une personne exerçant une fonction publique. Le rapport accompagnant cette ordonnance adressé au Président de la République renseigne clairement que l'objectif de cette ordonnance consiste à faire appliquer ces infractions à la protection pénale visée par la directive PIF¹⁹⁷. Toutes ces infractions ainsi visées n'ont toutefois pas de pendant dans cette directive.

S'il appert que l'ordonnance n°2019-963 n'apporte aucune modification aux infractions du code pénal français auxquelles elle se limite à renvoyer, le législateur à la ratification de cette ordonnance, est resté résistant et n'y apporte le moindre ajustement. Il s'observe, à peines, des modifications du régime de peines, comme la deuxième partie de cette étude les démontre, mais au prix de la suppression de toute référence à la protection des intérêts financiers de l'Union pour une dilution plus complète¹⁹⁸.

Les infractions du code pénal applicables à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE sont désormais clairement et légalement visées. Ces infractions s'étendent pour s'appliquer à la protection des intérêts financiers de l'Union. Cet élargissement conduit inévitablement à l'évolution jurisprudentielle. Cependant, on peut encore se demander si les infractions ainsi visées sont les seules applicables à la protection pénale, en France, des intérêts financiers de l'UE.

Une indication exhaustive ? Le législateur en précisant les infractions applicables à la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union impose que chaque fois qu'un comportement infractionnel affecte les intérêts financiers de l'Union, ce sont ces infractions qu'il convient de se reporter pour rechercher la responsabilité pénale. La confusion serait davantage confortée en faisant une lecture littérale de l'ordonnance de 2019 considérée comme transposant la directive PIF. Elle vise la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

Toutefois, cette lecture ne nous semble pas juste. D'une part, le considérant 13 de la directive PIF nous impose des réserves. Il indique que « *certaines infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sont, dans la pratique, souvent étroitement liées aux infractions*

¹⁹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019.

¹⁹⁸ Article 30 de la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

pénales relevant de l'article 83, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des actes législatifs de l'Union fondés sur cette disposition. Il y a dès lors lieu de veiller, dans le libellé de la présente directive, à la cohérence entre lesdits actes législatifs et la présente directive ». Dès lors, les incriminations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ne sont pas à réduire uniquement à celles portées par la directive PIF, d'autres normes pénales de l'UE peuvent également viser la protection pénale de ces intérêts financiers. Il en est ainsi de la directive 2014/62/UE relative à la protection pénale de l'euro qui incrimine, notamment « tous les faits frauduleux de fabrication ou d'altération de monnaie, quel que soit le moyen employé pour produire le résultat »¹⁹⁹. De même que le règlement instituant la procédure de coopération renforcée concernant la création du parquet européen permet au parquet européen de protéger les intérêts financiers de l'Union en poursuivant les infractions indissociablement liées aux infractions portant atteintes à ces intérêts financiers²⁰⁰. Ainsi, les infractions visées par l'ordonnance de 2019 pourraient s'appliquer aux autres incriminations portées par d'autres directives ou normes de l'UE par « absorption », dès lors qu'elles prennent en charge les comportements visés par ces instruments européens, à défaut il faudrait rechercher dans l'arsenal juridique français d'autres infractions pouvant être applicables en la matière.

D'autre part, en droit interne français, la mise en œuvre de la protection des intérêts financiers de l'UE n'est pas non plus à limiter aux seules indications des infractions visées par l'ordonnance n° 2019-963. Il est possible que directement ou indirectement d'autres infractions concourent à la protection des intérêts financiers de l'UE. Cela découle du fait que la directive PIF vise une harmonisation minimale, les États membres pouvant créer d'autres incriminations. De même, l'ordonnance n° 2019-963 organisant une compétence dérogatoire en vue de protéger les intérêts financiers de l'UE cite l'escroquerie (article 1^{er}), alors qu'aucun renvoi n'est effectué en droit pénal de fond en matière d'escroquerie. Ainsi le comportement tel que le détournement résultant de l'imprudence de l'agent public peut constituer le délit involontaire porté par l'article 432-16 du CPF et être appliqué à la protection pénale des intérêts financiers de l'Union, même s'il n'a pas été visé par cette ordonnance. Il en est de même de l'escroquerie ou du faux en écriture publique commis en vue d'obtenir une subvention de l'UE²⁰¹, portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE.

L'étude ne saura toutefois pas analyser l'ensemble des infractions de détournement²⁰² pouvant concourir à la protection pénale des intérêts financiers de l'Union. Il convient ici d'évaluer spécialement les infractions visées par l'ordonnance de transposition, tout en prenant le cas du détournement par l'imprudence de l'agent public comme échantillon des autres infractions non visées par ce texte pouvant être appliquées à la protection des intérêts financiers de l'UE. Mais, il importe de déterminer, avant tout, les incidences de cette absorption française des incriminations de la directive PIF.

¹⁹⁹ Article 3 de la directive 2014/62/UE 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, in JO L 151 du 21 mai 2014, p. 1–8.

²⁰⁰ Article 22 du Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, « 3. Le Parquet européen est également compétent à l'égard de toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application du paragraphe 1 du présent article. (...) ».

²⁰¹ Jean PRADEL, Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 691.

²⁰² Christian DONATO DI PINTO, *Op. cit.* L'auteur identifie dans la 2^e partie de son étude plus ou moins 10 infractions de détournement en droit français. Il en est ainsi notamment de : l'abus de confiance, détournement de gage, l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, l'abus de biens sociaux, détournement d'aéronef, détournement de correspondance, « détournement de voix », détournement par le dépositaire de l'autorité publique, détournement par l'imprudence de l'agent public, détournement de mineur.

Section 2. Les incidences de l'absorption française de détournements visés par la directive PIF

La transposition d'une directive ne suppose pas nécessairement la modification des normes juridiques nationales. La directive doit être incorporée dans l'ordre juridique interne, mais doit également être en harmonie avec cet ordre juridique. Pour éviter les dédoublements inutiles des normes, les incriminations visées par la directive PIF doivent être nouvelles dans l'arsenal juridique interne préexistant pour nécessiter l'adoption d'une nouvelle norme²⁰³. Le législateur français plaide en faveur de la préexistence d'une conformité, ce pourquoi il assimile la protection pénale visée par la directive PIF à son droit interne (§1). L'assimilation est toutefois une source de désorientation et conduit assez souvent à la méconnaissance du droit de l'Union. Car, l'autonomie du droit de l'Union et son caractère évolutif (§2) font que les normes en apparence claires et/ou similaires peuvent ne pas avoir la même interprétation en droit interne et en droit de l'UE²⁰⁴.

§1. L'emprise de la théorie de l'assimilation

L'assimilation justifie l'absorption invoquée du droit français. Cela signifie que les incriminations de la directive PIF entrent entièrement dans le champ d'application des infractions déjà existantes. L'intégration d'une norme pénale internationale dans l'ordre juridique interne d'un État conduit, en principe, au recours soit à la technique d'incorporation, soit encore à la technique de renvoi par référence à la norme internationale qui concrétise sa mise en œuvre effective²⁰⁵. La primauté du droit de l'UE voudrait que cette norme se manifeste avec toutes ses forces et toute sa portée au niveau interne²⁰⁶. Mais il est désormais admis en droit de l'Union que la transposition puisse se réaliser, en particulier en matière d'harmonisation, sans reprendre expressément le texte transposé, lorsque « le droit national préexistant assure les résultats prescrits par la directive »²⁰⁷.

L'article 325 TFUE permet aux Etats membres de protéger les intérêts financiers de l'Union par les mêmes mesures qu'ils prennent pour protéger leurs propres intérêts²⁰⁸. Le choix du législateur français d'assimiler les incriminations de la directive PIF aux infractions de son arsenal juridique a donc un fondement dans le TFUE. Cette technique n'est cependant pas nouvelle pour la France. La France assimilait déjà les incriminations de la convention PIF aux infractions déjà existantes dans son droit national²⁰⁹ et les problèmes liés à l'assimilation partielle se posaient déjà²¹⁰. Le rapport entre harmonisation et assimilation est alors délicat. Comment faire pour que l'assimilation soit conforme en présence d'une harmonisation en droit de l'Union ? La CJUE considère que la primauté du droit de l'UE impose à l'Etat membre d'interpréter le droit national

²⁰³ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 81.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Véronique JAWORSKI, *Op. cit.*

²⁰⁶ Arrêt du 24 juin 2019, Popławski, C- 573/17, EU:C:2019:530, point 55. Rappelé par l'arrêt CJUE, 14 octobre 2021, *Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației c/ NE, affaire C- 360/20*, Point 33.

²⁰⁷ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 87.

²⁰⁸ Article 325 §2 TFUE « *Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers* ».

²⁰⁹ Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces relative Politique pénale dans le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, du 18 décembre 2002. CRIM 2002-18 G3.

²¹⁰ Delphine GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, CERIC, Paris, 2004, p. 59.

applicable à la protection des intérêts financiers de l'UE conformément aux obligations découlant de l'article 325 TFUE, pour « autant qu'une telle interprétation n'entraîne pas une violation du principe de légalité des délits et des peines »²¹¹. Cet article impose à la fois à l'UE et aux Etats membres de protéger les intérêts financiers de l'UE, la protection par le droit national doit cependant se faire à la lumière du droit de l'UE. Mais, deux situations s'observent en droit français, une dilution et une fragmentation des incriminations de la directive PIF dans des infractions du code pénal français en matière de détournement, ce qui fragilise l'harmonisation recherchée.

La dilution des incriminations de la directive PIF. En principe, « la reprise de la disposition communautaire paraît inutile lorsqu'elle fait écho à une disposition nationale similaire »²¹². Le droit français ne semble pourtant pas garantir l'existence des définitions d'incriminations en matière de détournement similaires à celles données par la directive PIF. En effet, si cette dernière définit en matière de détournement deux catégories d'incriminations, à savoir : les détournements comme composantes de fraudes (soit en matière de dépenses [deux incriminations différentes], soit encore en matière de recettes) et le détournement comme incrimination spéciale applicable à l'agent public ; le droit français les renvoie, selon le cas, soit au régime « d'escroquerie, de l'abus de confiance et de détournement de fonds publics »²¹³.

Si le législateur français oppose une conformité préexistante, deux raisons pouvaient justifier cette hypothèse. La première serait si la France avait inspiré le législateur de l'Union²¹⁴ pour l'adoption de la directive PIF. D'ailleurs, assez souvent l'Union s'inspire des droits nationaux des Etats membres pour créer les normes de l'Union²¹⁵. Le caractère européen de la directive « justifie la reprise de certaines solutions nationales afin de les promouvoir au niveau européen »²¹⁶. La deuxième hypothèse serait une correspondance par hasard. Une similitude par pur hasard, déjà rare, ne garantit pas une nette correspondance. Les deux systèmes dans lesquels évoluent le droit français et le droit de l'UE ne répondent pas aux mêmes objectifs. Ni la première, ni la seconde de deux hypothèses ne semblent correspondre à la logique française. Les travaux ayant conduit à l'adoption de la directive ne font pas référence à une inspiration du droit français, mais également les différentes infractions auxquelles fait référence l'ordonnance n°2019-963 ne sont pas similaires quant à leurs dénominations aux incriminations de la directive PIF. Avant d'évaluer leurs contenus, il y a lieu de souligner la fragmentation à laquelle sont confrontées les incriminations de la directive PIF en droit français.

La fragmentation des incriminations de la directive PIF. Au-delà de la dilution, il s'observe une fragmentation des incriminations visées par la directive PIF dans plusieurs infractions en droit français. Déjà que le renvoi n'est pas aussi précis qu'il devait l'être. En effet, l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 n'indique pas clairement qu'au sujet de telle incrimination de la directive PIF, il faut appliquer telle infraction de l'ordre juridique interne. C'est le rapport qui apporte quelques indications sans être tout à fait précis. Il renseigne qu'en « matière de dépenses, les fraudes recouvrent en particulier les infractions d'escroquerie, d'abus de confiance, du

²¹¹ Arrêt CJUE, 14 octobre 2021, *affaire C- 360/20* sur la primauté, lire également *affaires C-105/14* et *C-42/17*, § 40. Sur la neutralisation du droit de l'Union en vertu du principe de légalité de délits et des peines et arrêt du 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, C- 42/17, EU:C:2017:936, point 61.

²¹² Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 87.

²¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019.

²¹⁴ *Idem*, p. 82.

²¹⁵ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 90.

²¹⁶ *Idem*, p. 83.

détournement de fonds publics et de corruption telles que définies par le code pénal. En matière de recettes, provenant principalement du tarif douanier et du système commun de la taxe sur la valeur ajoutée, les fraudes sont réprimées notamment par les délits de contrebande et d'importation de biens ou de marchandises sans déclaration ou par fausse déclaration prévus par le code des douanes et les délits d'escroquerie »²¹⁷. Dès lors, l'exigence de précision ou de clarté n'est pas gagnée d'avance à partir du renvoi. En présence du seul régime de la fraude en matière de dépenses comportant deux incriminations, le législateur donne une liste de quatre infractions. La seule fraude serait fragmentée et certaines composantes d'une incrimination pourraient constituer telle ou telle autre infraction en droit français.

De même, si la directive incrimine séparément le détournement de l'agent public qui ne constitue pas la fraude au sens strict²¹⁸, ce rapport accompagnant l'ordonnance n° 2019-963 renvoie qu'à la fraude en matière de dépenses, on applique le régime du détournement applicable aux personnes exerçant une fonction publique. Il s'agit, nous semble-t-il, d'une interprétation large de la fraude incluant le détournement de l'article 4§3 de la directive PIF.

En matière de recette, le rapport ne détermine pas toutes les infractions de référence, il ne vise principalement que la matière du tarif douanier et le système de la TVA en indiquant « les délits de contrebande et d'importation de biens ou de marchandises sans déclaration ou par fausse déclaration prévus par le code des douanes et les délits d'escroquerie »²¹⁹. Étant une liste indicative, d'autres infractions, telles que le détournement, restent pour autant applicables à la fraude en matière de recettes autres que celles issues des ressources propres provenant de la TVA.

La difficulté est qu'en droit pénal une incrimination constitue un tout cohérent, composée des conditions préalables et des éléments « strictement » constitutifs, l'ensemble de ces composantes doivent être réunies pour constituer l'infraction. Il appartient à l'autorité judiciaire, et en particulier au juge de qualifier les faits, selon qu'ils correspondent précisément à telle ou telle autre infraction de son ordre juridique interne. Il faut nécessairement apprécier de près, par l'analyse du contenu de chacune des dispositions envisageables pour la mise en œuvre de cette protection pénale des intérêts financiers de l'UE afin d'évaluer le respect des obligations liées à cette transposition. Mais, toutes ces complexités des renvois entraînant dilution et fragmentation fragilisent déjà l'harmonisation recherchée.

Une fragilisation de l'harmonisation visée par le droit de l'Union. Certains auteurs évoquent que l'assimilation n'est jamais neutre en droit pénal²²⁰, elle prend le parti du droit source d'assimilation. Ainsi la lecture du droit porté par la directive PIF serait réduite par assimilation aux normes nationales de références visées. Elle obéit à un schéma selon lequel il y a l'incrimination par renvoi à un texte français, à laquelle s'ajoute l'assimilation législative de la norme de l'Union à ce texte²²¹. Le droit de l'Union serait ainsi sous l'emprise du droit interne français, car le législateur n'a pas préféré élargir, mais d'appliquer comme tel le droit pénal interne à la protection des intérêts financiers de l'Union. L'harmonisation par la directive PIF n'est pourtant pas inutile, la nécessité d'une définition commune des incriminations au sein des Etats membres était nécessaire comme le rappellent les considérants 4 et 9 de cette directive. Une assimilation, devrait plutôt faire en sorte

²¹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019.

²¹⁸ Commission européenne, propositions de la directive PIF, p. 10.

²¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019.

²²⁰ Michel MASSE, *Op. cit.*, p. 943.

²²¹ *Idem*, p. 943.

que le droit national couvre, à la limite, l'ensemble des exigences de l'UE sur cette protection pénale. La primauté et l'autonomie du droit de l'UE imposent une interprétation du droit national mettant en œuvre le droit de l'UE à la lumière de ce droit. En présence d'un tel défi du droit de l'UE par le droit français, la jurisprudence devient le rempart de l'interprétation autonome des notions européennes dans la mise en œuvre concrète de la protection pénale des intérêts financiers de l'UE visée par la directive PIF.

§2. Une mise à l'épreuve de l'autonomie interprétative du droit de l'Union

Le juge national est le juge d'application du droit de l'Union (A), mais la CJUE demeure son autorité de contrôle et détient le monopole de l'interprétation « authentique » (B). Elle devra affirmer, si nécessaire, l'autonomie interprétative du droit dont elle contrôle l'application.

A. Le juge national, juge naturel du droit de l'Union

Le juge national est la première autorité qui interprète le droit de l'Union. Lorsqu'il met en œuvre ce droit, il doit s'appuyer sur la portée européenne et le cas échéant à la lumière de la jurisprudence de la CJUE. La CJUE rappelle que « *le principe d'interprétation conforme du droit interne, en vertu duquel la juridiction nationale est tenue de donner au droit interne, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union, est inhérent au système des traités, en ce qu'il permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie* »²²². Il ne lui est pas permis de confondre ni de réduire le droit de l'Union à la conception du droit national. A cet effet, le juge national est tenu à une obligation de coopération loyale avec l'Union²²³. Il doit faciliter la saisine de la CJUE lorsque les infractions françaises paraissent non conformes ou ambiguës au regard de la directive PIF.

De même, en présence d'une interprétation de la CJUE sur une notion, le juge français est lié par cette interprétation²²⁴. La Cour de cassation considère que l'inobservation par le juge français de l'interprétation faite par le juge de l'Union sur une matière en examen devant sa juridiction constitue un moyen de cassation²²⁵. Mais, la Cour de justice n'étant pas une juridiction hiérarchiquement supérieure aux juridictions nationales, la coopération s'inscrit dans l'ordre du dialogue entre le juge de national et le juge de l'Union²²⁶. De ce fait, le juge national doit effectuer un examen minutieux d'éventuel apport de la directive PIF harmonisée en droit français. A défaut, le sens et la portée retenus pour une disposition pourront être remis en cause par le juge de l'Union s'il est saisi d'une question préjudicielle (267 TFUE) ou d'un recours en manquement (articles 258 et s TFUE)²²⁷. En effet, nous l'avons dit, si le juge naturel d'application du droit de l'UE est le juge national, le rôle de la CJUE reste fondamental dans l'interprétation de ce droit d'autant que cette interprétation s'impose aux autorités nationales, y compris le juge national.

²²² Arrêts, CJUE, du 24 juin 2019, Popławski, C- 573/17, EU:C:2019:530, point 55 ; CJUE, 14 octobre 2021, affaire C- 360/20, point 34.

²²³ Article 4 § 3 TUE « 3. *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ».

²²⁴ La décision de la CJUE est revêtue de l'autorité de la chose interprétée. Lire à ce sujet Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 267. « À la Cour revient l'interprétation, au juge national l'application des textes litigieux » ; Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e éd. 2001, n°579.

²²⁵ Arrêt, Cass. Ch. Com. 26 novembre 2003, *Bull.* IV n° 182.

²²⁶ Pierre Pescatore, *Cour de justice des communautés européennes, le recours préjudiciel de l'article 177 CEE et la coopération de la Cour avec les juridictions nationales*, OPOCE, Luxembourg, 1986, p. 11.

²²⁷ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 93.

B. Le rôle de la CJUE dans l'interprétation du droit de l'Union

C'est la Cour de justice qui assure le contrôle du respect des standards minimum, notamment fixés par la directive PIF. La CJUE rappelle assez souvent l'autonomie du droit de l'Union et ce droit évolue, en particulier en matière pénale, en fonction du standard européen. Cette juridiction a la particulière responsabilité de préciser ou de fixer le sens et la portée des notions européennes²²⁸.

Les enjeux de l'autonomie du droit de l'Union. L'ordre juridique de l'Union n'est pas à confondre avec l'ordre juridique national des Etats membres. La CJUE rappelle, à travers ses arrêts, que la primauté et l'autonomie du droit de l'Union n'est pas à confondre avec le droit résultant de l'ordre juridique des Etats membres²²⁹. Ces rappels récurrents résultent des entorses que ce droit subit au niveau interne des Etats membres, en particulier en matière pénale où la souveraineté est souvent évoquée en contre-limite²³⁰. Ainsi lorsqu'elle est appelée à interpréter certaines notions, même tirées des droits nationaux, la Cour de justice y réserve une interprétation autonome. Il en est ainsi de la notion telle que l'autorité judiciaire qui, en matière de la décision d'enquête européenne,²³¹ n'a pas la même portée que dans le cadre du mandat d'arrêt européen (MAE)²³². Si au sein même de l'ordre juridique de l'Union il y a des notions autonomes selon les matières, les différences sont d'autant plus marquées dans le rapport entre le droit de l'Union et les droits nationaux n'ayant pas les mêmes objectifs. En effet, en droit de l'Union, les notions ont un sens communautaire et partant de là sont soumises au principe de l'interprétation autonome²³³.

La Cour de justice impose que lorsqu'une notion employée par une directive « ... ne renvoie pas au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée... (elle) ne saurait être laissée à la discrétion des Etats membres »²³⁴. Ainsi, l'autonomie du droit de l'Union en matière de la répression du détournement en vue de protéger les intérêts financiers de l'Union est d'abord théoriquement posée par la directive PIF qui fixe une définition des normes de comportement constituant des incriminations spécifiques. Ces définitions en droit de l'Union ont pour effet de limiter l'autonomie des Etats membres dans la transposition de la directive PIF.

Toutefois, étant donné que les définitions des incriminations portées par la directive PIF sont minimales (article 1^{er} directive PIF), l'Etat membre est tenu de donner plein effet aux obligations de cette directive, soit en reprenant les mêmes définitions de cette dernière dans l'ordre juridique

²²⁸ Article 19 du TUE.

²²⁹ Arrêt, CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, Rec. 3415, pt. 19 : « les notions juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu en droit communautaire et dans les différents droits nationaux » ; Arrêts du 24 juin 2019, *Poplawski*, C- 573/17, EU:C:2019:530 ; CJUE, 14 octobre 2021, affaire C- 360/20.

²³⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision 2 BvR 2735/14, du 15 décembre 2015 ; JACQUÉ Jean-Paul, « la Cour de justice de l'Union européenne et la théorie des « contre-limites », <http://www.droit-union-europeenne.be/432984946>.

²³¹ Arrêt de la Cour de justice du 8 décembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien/A. e.a.*, C-584/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:1002 ; Rapport de la Commission sur la DEE, Bruxelles, le 20 juillet 2021, p. 4.

²³² Amane GOGORZA, « La relativité de la notion européenne d'autorité judiciaire », in *Lexisnexis, Droit pénal*, n° 2 - février 2021, p. 44.

²³³ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 91.

²³⁴ Arrêt, CJCE, 1^{er} février 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, Aff. 51/76, Rec. 113, Pts 10-11 ; Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 92.

interne, soit encore en retenant une définition plus stricte dans le respect du standard fixé par la directive PIF.

La France a choisi de ne pas transposer littéralement les incriminations de cette directive, l'autonomie du droit de l'Union se trouvant par conséquent limitée. La portée des normes qui pourront être déterminées par la CJUE sur les incriminations de la directive PIF ne s'impose pas de plein droit à la France. Etant donné que ce droit organise une protection générale des atteintes aux intérêts financiers, tant national que de l'Union, l'interprétation de la CJUE ne constitue qu'un minimum pour le juge français²³⁵. Ce dernier ne peut faire une autre interprétation qu'à la condition qu'elle soit plus stricte, pour être conforme au standard minimum fixé. Or, le cadre d'une protection plus stricte en matière d'incrimination à la protection des intérêts financiers de l'UE n'est pas facile à déterminer. Il s'agit de déterminer à quel moment il convient de considérer, en matière d'incrimination, qu'on est en dessous ou au-dessus du standard minimum.

D'une part, il peut être admis que lorsque le législateur reprend l'ensemble des comportements visés par la directive tout en ajoutant d'autres comportements alternatifs mais constitutifs de la même incrimination, le droit national serait au-dessus du standard minimum et plus strict car faisant entrer dans la liste des interdits pénaux des comportements qui au départ n'étaient visés par la directive PIF. La difficulté est que le droit pénal ne doit punir que ce qui est strictement nécessaire. Or, le législateur, à qui la compétence est dévolue pour déterminer les incriminations à l'échelle européenne, semble ne pas être préoccupé par cette exigence. En se contentant d'exiger aux Etats membres le minimum, il ne semble pas dérangé par les excès ou disproportions en matière d'incrimination pénale. Alors que la pénalisation à outrance, en particulier en matière de détournement, caractérise le législateur français²³⁶. L'occasion serait ainsi manquée afin de déréglé ces excès.

D'autre part, le respect du standard minimum devient délicat lorsque le caractère strict se réalise par la suppression d'éléments constitutifs de l'incrimination. Lorsqu'un droit national supprime certains éléments constitutifs d'une infraction, il allège en ouvrant plus de possibilités de rentrer dans le champ d'application de l'infraction. Un tel droit est certes plus strict, mais serait-il également conforme au standard minimum fixé par la directive PIF ? Aucune précision n'est donnée à ce sujet. Or le droit pénal ne peut tout punir, les comportements banals qui ne choquent ne devraient entrer dans la liste des interdits. La politique criminelle voudrait qu'on ne reproche que ce qui trouble l'ordre public²³⁷. Le standard minimum fixé par le droit de l'Union suppose que les comportements en deçà de ce standard ne choquent pas pénalement l'« ordre public européen ».

Il reste à savoir si la Cour de justice va admettre ou non les incriminations comportant moins d'éléments constitutifs que celles déterminées par la directive PIF. Ce serait l'occasion pour elle de

²³⁵ Arrêt, Cass. 1^{ère} Ch. Civ, 15 mars 2005, *Bull.* I, n° 135, *D.* 2005, pp. 1948-1952. n. A. Boujeka, PA 2005 n° 94, pp. 12-15, n. D. Bert, CCC 2005, comm. n° 100, obs. G. Raymond, JCP G 2005, II 10114, cité par Célia Zolynski, *Op. cit.*, p. 105 et 106.

²³⁶ Marion WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affaires de pénalisation à outrance », *in RSC*, Paris, Dalloz, 2011, p. 49-53.

²³⁷ Bertrand DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26, (dossier : la constitution et le droit pénal), août 2009 : « la loi doit répondre à des objectifs de modération et de précision rédactionnelle pour ne pas risquer d'être la source des abus qu'elle doit justement conjurer. Le législateur est, finalement, sous liberté surveillée puisque se sont tant la teneur de l'interdit pénal que la manière de le formuler qui doivent être contrôlées pour que le principe légaliste soit une garantie contre l'arbitraire ».

donner du sens à l'*Ultima ratio* du droit pénal à l'échelle européenne. Mais, il est très incertain de répondre par l'affirmative, la CJUE étant très attachée au principe de légalité en matière pénale, l'absence d'une prévision légale ne lui permet de limiter la compétence des Etats membres. Il nous semble qu'en présence d'une infraction en deçà du standard minimum fixé par la directive PIF, les organes européens ne sont pas tenus de contrôler leur applicabilité. Toutefois, elle demeure l'autorité « régulatrice »²³⁸ et il lui appartient d'évaluer les droits nationaux des Etats membres s'ils donnent ou non plein effet aux définitions minimales des incriminations portées par la directive PIF.

Sa jurisprudence reste pour autant flexible à l'évolution au regard du niveau d'harmonisation atteint en droit de l'UE.

L'influence de l'interprétation évolutive du droit de l'Union. Le droit de l'Union évolue à grande vitesse, en particulier en matière pénale. L'évolution de la jurisprudence sur le droit de l'Union est fonction du caractère évolutif du processus d'harmonisation. D'une part cette évolution peut être liée à l'adoption d'une nouvelle directive, soit complétant la directive PIF soit encore intervenant dans un autre domaine mais ayant une incidence sur la protection pénale des intérêts financiers de l'Union²³⁹ et d'autre part, elle peut résulter du mécanisme d'évaluation institué pour contrôler l'application de cette norme²⁴⁰. Ce mécanisme institué par l'article 18 de la directive PIF²⁴¹ permet d'assurer un contrôle et concours à l'adaptation de la mise en œuvre du droit de l'UE aux besoins pratiques au sein des Etats membres.

Le constat fait révèle que les incriminations du détournement portées par la directive PIF se trouvent absorbées par les infractions du code pénal français sans que le législateur n'ait apporté la moindre adaptation. Cependant, le constat d'une absorption formelle de ces incriminations par le code pénal français ne permet de conclure à la conformité ou non du droit français. Il faut évaluer concrètement au fond ces infractions afin de s'assurer si elles offrent ou non des garanties de clarté et de précision donnant pleine application de la directive PIF en France. D'où la nécessité d'analyser les composantes des infractions françaises de détournement susceptible d'être commis sur les fonds et avoirs au préjudice de l'UE.

²³⁸ Denys SIMON, *Op. cit.*

²³⁹ La directive PIF s'est d'ailleurs fait suivre du règlement instituant le parquet européen lequel ajoute à la compétence matérielle du parquet européen les infractions indissociablement liées aux atteintes aux intérêts financiers de l'UE (article 22§3 du règlement).

²⁴⁰ Célia ZOLYNSKI, *Op. cit.*, p. 120.

²⁴¹ Article 18 de la directive PIF. La Commission est appelée à présenter des rapports à différents organes de l'Union sur la mise en œuvre de la directive PIF en se servant des statistiques que les Etats membres lui fournissent sur les infractions pénales visées par cette directive. Et lorsque ce rapport est adressé au Parlement et au Conseil, il peut permettre de faire une évaluation générale sur la mise en œuvre de la directive PIF et servir à l'adaptation de la norme de l'Union au besoin pratique, ce qui influe inévitablement sur l'interprétation que fait la Cour de justice sur ce droit. Il en est ainsi du rapport présenté le 06 septembre 2021, Bruxelles, COM(2021) 536 final.

Chapitre 2 : Les composantes du droit français de détournements applicables à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE

La directive (UE) 2017/1371 renvoie aux Etats membres l'obligation de prévoir les infractions pénales contre les incriminations qu'elle organise. Le droit français renvoie l'ensemble de ces incriminations aux infractions de son droit commun préexistant. Ce chapitre a pour objectif de faire le rapprochement entre les deux droits. A cet effet, nous partons de l'hypothèse selon laquelle le droit commun issu du code pénal français organise une protection pénale en érigeant d'une part, les infractions de détournements réprimées indifféremment de la qualité de l'auteur (Section 1), et d'autre part, il organise un régime spécifique des détournements applicables aux personnes exerçant des fonctions publiques (Section 2).

Section 1 : Les détournements imputables à quiconque

La dilution et la fragmentation des incriminations de la directive PIF dans l'ordre juridique interne français ne permet de faire une étude exhaustive. Nous n'analyserons ici que les infractions visées par l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-963 applicables en matière de détournement²⁴². Cet article vise notamment l'abus de confiance (§1) et le détournement de biens contenus dans un dépôt public (§2) dont il convient d'analyser leurs applicabilités à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE au regard de la directive PIF.

§1. L'abus de confiance

L'abus de confiance constitue l'infraction principale d'appropriation frauduleuse de bien d'autrui se réalisant par détournement²⁴³. Il exige cependant des conditions préalables très peu conciliables avec le détournement constitutif de la fraude en matière de dépenses ou en matière de recettes visées par la directive PIF (A), mais également comporte des éléments « strictement » constitutifs renvoyant aux mêmes difficultés (B), qu'il convient d'évaluer.

A. Les conditions préalables de l'abus de confiance

Selon l'article 314-1 du code pénal français, « *l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Il faut donc au préalable qu'il ait été *remis* à l'agent un *bien* pour un *but* déterminé.

L'acte de remise. Pour que l'abus de confiance soit constitué, l'auteur doit avoir au préalable reçu un bien d'autrui et ce à titre précaire²⁴⁴. Si le code pénal fait référence à la remise, l'article 3 de la directive PIF recourt plutôt au terme accordé. Les deux termes ont cependant un point commun, ils nécessitent le passage (transfert) d'un point A à un point B de l'objet concerné²⁴⁵. La remise est cependant beaucoup plus matérielle et par conséquent restrictive que le terme accordé. Il vise en principe les biens meubles susceptibles de déplacement matériel, même si la jurisprudence française

²⁴² L'escroquerie (articles 311-1) est applicable notamment à la fraude en matière de dépenses résultant de la déclaration ou présentation d'un document faux, incomplet ou inexact ayant pour effet le détournement, l'étude ne l'aborde pas, non seulement parce qu'elle n'est pas parmi les infractions visées par l'article 2 de l'ordonnance de 2019, mais aussi parce que dans l'ordre juridique français, l'escroquerie n'est pas à proprement parler une infraction de détournement, mais une fraude par appropriation astucieuse.

²⁴³ Article 314-1 à 314-4 du chapitre 4, titre 1er, livre III du CPF, Lire Philippe BONFILS et Ludivine GREGOIRE, *Droit pénal spécial*, collection cours, Paris, LGDJ, 2022, p. 274.

²⁴⁴ Philippe BONFILS et Ludivine GREGOIRE, *Op. cit.*, p. 274.

²⁴⁵ Gérard CORNU, *Op. cit.* : (« accordé » et « remis »).

étend la remise aux biens immatériels²⁴⁶. En revanche, « accordé » est plus large et admet tout type de bien (meuble, immeuble, corporel et incorporel), des services, voire des droits. Selon le droit français, il importe peu que la remise ait été faite à l'auteur lui-même ou lui transmis par un tiers²⁴⁷, mais nécessite que l'auteur ait accepté de le prendre, sans y être contraint.

L'objet de la remise. L'abus de confiance requiert que l'agent ait reçu « des fonds, des valeurs ou un bien quelconque ». L'interprétation du dernier pose plus de problème que celle de deux premiers repris dans les deux textes²⁴⁸. Issu de la réforme du code pénal de 1992 qui a opté pour une approche extensive de l'objet de la remise contrairement à son homologue de 1810²⁴⁹, ce terme est très large et inclut non seulement les biens meubles, mais aussi les biens immeubles, corporels et incorporels. Ce qui aurait permis de mieux prendre en charge les avoirs visés par la directive PIF. Toutefois, la jurisprudence exclut les immeubles dans le champ d'application de l'abus de confiance²⁵⁰. Elle considère qu'un immeuble ne peut être remis pour faire l'objet de détournement.

Cette exclusion par la jurisprudence est cependant étonnante car elle fait une appréciation très restrictive et partielle de bien quelconque visée par l'article 314-1 du CPF. En effet, la Cour de cassation considère que l'immeuble, au sens pénal du terme, n'est pas susceptible de remise, alors même qu'elle admet l'abus de confiance des biens immatérielles ou incorporels tel que le numéro de la carte de crédit²⁵¹, les informations relatives à une clientèle²⁵² qui également ne font pas l'objet d'une remise matérielle. De même que la notion de la remise a évolué pour admettre les biens incorporels, cette restriction par la jurisprudence excluant les immeubles ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi qui vise indistinctement tout bien quelconque. La directive PIF faisant référence au terme « accordé » et non « remis », permet de couvrir sous les incriminations de fraudes, les détournements au préjudice de l'UE pouvant être commis tant sur les avoirs meubles que les immeubles accordés à une personne, soit pour la gestion ou afin d'en faire un usage déterminé.

Il nous semble que la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait évoluer pour couvrir l'ensemble des avoirs au sens de la directive PIF au regard de l'absorption des incriminations de la fraude par l'abus de confiance. Cette évolution est nécessaire pour donner plein effet aux obligations de la directive PIF. Ayant déjà admis par revirement l'escroquerie d'immeuble²⁵³ alors que cette dernière vise de la même manière que l'abus de confiance, la « remise » *des fonds, valeurs*

²⁴⁶ Arrêt, Cass. Crim. 19 juin 2013, pourvoi n° 12-83031, *Bull. crim.* n° 145, « dès lors que l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance, la cour d'appel a justifié sa décision ».

²⁴⁷ Arrêt, Cass. Crim. 15 avril, 1899, s. 1901.1.105 : 20 octobre 2010, *Droit pénal*, 2011, n° 1.

²⁴⁸ Rappelons que les fonds correspondent aux sommes d'argents en liquide ou déposés sur un compte bancaire en une monnaie ayant cours légal peu importe la devise (Arrêt Crim. 20 juillet 2011, n° 10-81.726 ; 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-83.793). Tandis que les valeurs, selon Michelle-Laure Rassat, [*Op. cit.*, p. 220], renvoient notamment aux titres dématérialisés, des valeurs mobilières cotées en bourse (...)

²⁴⁹ Michelle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 220.

²⁵⁰ Arrêt Cass. Crim. 10 octobre 2001, n° 00-87.605 p : *D. 2002. Somm.* 1796, obs. de Lamy ; *Dr. Pénal* 2002. 1, obs. Véron.

²⁵¹ Arrêt, Cass. Crim. 14 novembre 2000, pourvoi : 99-84522, *Bull. crim.*, n° 338.

²⁵² Arrêt, Cass. Crim. 16 novembre 2011, *Bull. crim.*, n° 233.

²⁵³ Avant la Cour de cassation considérait que la « remise d'immeubles construits ou de prestations de service, n'entre pas dans les prévisions limitatives de l'article 405 du Code pénal (escroquerie), Cass. Crim. 15 juin 1992, N° de pourvoi : 91-86053, *Bull. Crim.* n° 235, mais depuis 2016, la Cour de cassation considère « Qu'en effet, l'escroquerie peut porter sur un immeuble, lequel constitue un bien au sens de l'article 313-1 du code pénal » Cass. Crim. 28 septembre 2016, n° 15-84.485.

ou bien quelconque (article 313-1 du CPF), elle remettrait de la cohérence et l'harmonie dans l'interprétation du code pénal français.

Le but de la remise. L'article 314-1 du CPF exige que l'auteur puisse avoir accepté la remise afin pour lui de les « rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Il doit ainsi s'agir d'une remise précaire. L'article 3 de la directive PIF ne précise pas le but pour lequel les fonds ou avoirs sont accordés, mais incrimine la fraude par détournement dès lors que le but poursuivi par l'agent est autre que celui pour lequel ils ont été accordés. Cela correspond à l'exigence française du détournement d'une remise faite pour un usage déterminé.

Le caractère précaire se mesure soit dans le temps²⁵⁴, soit dans un but précis²⁵⁵. Elle exclut et s'en distingue en même temps de remise en pleine propriété²⁵⁶. Toutefois, une remise même définitive peut donner lieu à l'abus de confiance si elle a été faite dans un but spécifique et que l'agent n'a pas respecté l'objet de la remise. C'est le cas de celui qui reçoit les subventions faites « à fonds perdus » mais qui les dépenses pour un autre objet que celui annoncé²⁵⁷. De même, commet l'abus de confiance le membre du personnel d'une ONG à qui a été accordé une subvention en vue d'appuyer les efforts d'aide humanitaire en Syrie qui la détourne au préjudice des intérêts financiers de l'UE et ce, à son profit et à celui de ses complices²⁵⁸.

L'existence d'un titre. Le code pénal en vigueur n'exige plus, comme c'était le cas avant la réforme, différents types de contrats²⁵⁹. De même que la directive PIF n'exige pas un acte déterminé. Toutefois, l'article 310 du TFUE exige que toutes les dépenses de l'UE aient lieu moyennant l'adoption préalable d'un acte juridiquement contraignant. D'ailleurs, « il est indispensable de connaître le contenu du rapport de confiance entre le remettant et le destinataire de la remise pour pouvoir déterminer ensuite si, effectivement, ladite confiance a été trahie ; en d'autres termes, si un abus (en la forme d'un détournement) a effectivement eu lieu »²⁶⁰. Les difficultés ne devraient se poser, car malgré l'absence d'une exigence légale, la jurisprudence de la Cour de cassation requiert le contrôle de l'existence d'un titre en matière de l'abus de confiance, sans être exigeant sur sa nature²⁶¹.

Alors que les incriminations de fraudes portées par la directive PIF requièrent le contexte des dépenses et la nature de l'objet accordé au titre de conditions préalables, l'abus de confiance n'est cependant pas conditionné à un contexte particulier de dépenses ou de recettes. L'objet de la remise a également une portée limitée par rapport à la directive PIF. Ce qui fait que le droit français à la lumière de sa jurisprudence ne permet de couvrir l'ensemble des conditions préalables visées par la directive PIF. Toutefois, il importe de vérifier également les éléments « strictement » constitutifs de cette infraction.

²⁵⁴ Michelle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 225. Le fait de prêter quelque chose.

²⁵⁵ *Idem.* *L'affectation des fonds ou avoirs.*

²⁵⁶ Arrêt, Cass. Crim. 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.085.

²⁵⁷ Arrêt, Cass. crim. 09 janvier 2008, *Dr. Pénal*, 2008, n° 50 ; Arrêt, Cass. crim, 06 avril 2016, *D.* 2016. 1409.

²⁵⁸ Rapport de l'OLAF, 2019, p. 14-15.

²⁵⁹ Article 408 de l'ancien code pénal visait le contrat de location, de dépôt, de nantissement, de prêt à usage et le contrat de travail / convention relative à un travail rémunéré (autrement que par un salaire).

²⁶⁰ Juliette LELIEUR, *Cour de droit pénal des affaires*, Université de Strasbourg, 2020-2021.

²⁶¹ Philippe BONFILS et Ludvine GREDOIRE, *Op. cit.*, p. 276.

B. Les éléments « strictement » constitutifs de l'abus de confiance

L'abus de confiance nécessite la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral.

1. L'élément matériel

Il requiert d'une part, un acte de détournement (selon la directive) ou le fait de détourner (d'après l'article 314-1 du CPF), et d'autre part, un préjudice à autrui. Théoriquement cet article du code pénal français semble correspondre avec l'article 3§2 a) iii, b) iii) et c) iii de la directive PIF en ce sens qu'ils exigent tous un détournement et le préjudice. Mais l'interprétation que fait la Cour de cassation n'est pas de nature à suivre la lettre du texte, ce qui peut engendrer des différences entre ces deux droits.

Le fait de détourner. Cette exigence correspond à l'acte matériel visé par la directive PIF. La seule différence est que la directive fait référence au « détournement », alors que le code pénal français vise « *le fait de détourner* ». Le détournement consiste au fait de détourner. Il s'agit, pour l'agent, de ne pas respecter les termes des engagements qui le liaient avec la victime à « *rendre, représenter, faire un usage déterminé...* » de l'objet remis. La doctrine considère que le détournement peut se réaliser par dissipation, par refus de restitution ou par détournement au sens strict²⁶².

La dissipation vise à mettre le propriétaire dans l'impossibilité de reprendre l'objet remis en le faisant disparaître. Elle peut être juridique (tel que vente de l'objet remis²⁶³), mais aussi matérielle ou physique (telle que la destruction du bien). La Cour de cassation juge que l'abus de confiance ne requiert pas que l'agent se soit approprié la chose, pas plus qu'il en ait tiré profit²⁶⁴. Les fonds et avoirs peuvent ainsi être détournés par les actes de dissipation au préjudice de l'UE. Il en est ainsi de celui qui reçoit un ordinateur du parlement européen qui lui a été remis dans le cadre de la préparation de la simulation des activités des eurodéputés organisée par le Parlement européen des lycéens (PEL), mais le vent sur le « *bon coin* ».

Le refus de restituer l'objet remis. La jurisprudence insiste sur le fait que le refus de restitution ne doit pas être confondu avec le retard de restitution. Un tel refus ou retard doit caractériser l'intention du détenteur précaire à détourner l'objet de la remise pour constituer l'infraction²⁶⁵. Les fonds et avoirs peuvent également être détournés par le refus de restitution au préjudice de l'UE.

Le détournement d'affectation ou de destination. C'est le détournement au sens strict²⁶⁶. Il s'agit de la forme qui caractérise le plus souvent les atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Il consiste, pour l'auteur d'effectuer un usage autre que celui pour lequel il était convenu à l'origine de la remise. Il peut s'agir du fait de faire une *affectation* autre que celle pour laquelle il a été convenu. Il en est ainsi de celui qui utilise les fonds « d'un comité d'entreprise pour soutenir la

²⁶² Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 235-238.

²⁶³ Arrêt, Cass. Crim. 14 juin 1978, *Bull. crim.* n° 197.

²⁶⁴ Arrêt, Cass. Crim. 15 mai 1968, pourvoi n° 67-91368, *Bull. crim.* n° 155 ; Cass. crim., 16 février 1977, *Bull. crim.*, n° 60.

²⁶⁵ Arrêt, Cass. Crim. 02 mars 1994: *Dr. Pénal*, 1994. 159 ; *RSC* 1994. 765, obs. Ottenhof, en ce sens également Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 236.

²⁶⁶ *Idem*, 237.

grève du personnel étranger à celle-ci ou dans des conditions autres que celles initialement fixées²⁶⁷. Il peut également s'agir d'un abus d'autorité ou de sa qualité en *exploitant* à des fins étrangères l'objet de la remise. Il en est ainsi du bénéficiaire de fonds destinés à la formation qui en fait un autre usage²⁶⁸, ou du fait pour un responsable public de donner aux fonds une destination autre que celle prévue²⁶⁹.

Commettent le détournement au préjudice des intérêts financiers de l'UE et rentrent sous le régime de l'abus de confiance, les entreprises, qui étaient bénéficiaires de fonds dans le cadre de projets de recherche financés par l'UE au titre du 7e PC et/ou du programme Horizon 2020, qui maximisent leurs bénéfices en déclarant délibérément le nombre maximal d'heures de travail autorisé par les règles applicables à chacun des projets, au lieu du nombre d'heures réellement consacrées aux projets par les membres de leur personnel²⁷⁰. En ce sens la Cour de cassation a déjà jugé que constitue l'abus de confiance le fait pour un séquestre « d'omettre dans l'inventaire à son entrée en fonction, un certain nombre de marchandises, dont une partie a été retrouvée à son domicile et une autre a été vendue par lui »²⁷¹.

L'acte matériel du détournement de la directive PIF et le fait de détourner visé par le droit français sont proches. Toutefois, ils se différencient sur deux points essentiels. D'une part, le détournement de fonds ou d'avoirs résultant de l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets ne rentre pas dans le champ d'application de l'abus de confiance. D'autre part, l'exclusion d'immeubles du régime de l'abus de confiance ne permet de prendre en charge la fraude sur les avoirs immeubles au préjudice de l'UE. Mais cela ne renvoie pas à une impunité. La fragmentation de la protection pénale des intérêts financiers de l'UE en droit français fait que la responsabilité pour les actes échappant à ce régime pourra être recherchée sur le fondement d'autres infractions.

Toutefois, le seul détournement ne suffit pas, encore faut-il qu'il y ait préjudice pour que la matérialité de cette infraction soit caractérisée dans son ensemble.

Le préjudice. Selon l'article 314-1 du CPF l'abus de confiance consiste dans le fait « *de détourner au préjudice d'autrui...* ». Cette disposition s'accorde avec l'article 3 de la directive PIF qui exige également un préjudice sur les intérêts financiers de l'UE.

Deux observations méritent d'être soulignées. La première résulte de la jurisprudence française. En effet, la Cour de cassation admet que le préjudice peut être matériel ou moral²⁷², voire simplement éventuel²⁷³. L'abus de confiance constitue une atteinte au patrimoine²⁷⁴, mais souplesse pour admettre le préjudice moral et éventuel rend cette infraction assez sévère et ne correspond pas aux exigences légales. D'ailleurs pour la Cour de cassation, le préjudice se trouve nécessairement caractérisé à partir de l'acte de détournement²⁷⁵. Il peut légitimement se poser la question de savoir

²⁶⁷ Arrêt, Cass. crim. 20 juin 2010, *D.* 2010, 2820, note Laserre Capdeville ; T. corr. Seine 2 novembre 1951, *JCP*, 1952.II.6701, note Larguier.

²⁶⁸ Arrêt, Cass. crim. 13 janvier 2010, *JCP*, 2010, n° 500, note Lasserre-Capdeville ; *RSC*, 2010, 621, obs. Matsopoulou.

²⁶⁹ Arrêt, Cass. Crim. 26 sept. 1996, pourvoi n° 95-82.745, *BJS* 1997. 112, note Barbieri.

²⁷⁰ Rapport de l'OLAF, 2020, p. 22.

²⁷¹ Cass. crim. 03 mai 1946, *JCP*, 1946, IV, 85. Cité par Philippe BONFILS et Ludivine GREGOIRE, *Op. cit.*, p. 278.

²⁷² Arrêt, Cass. crim. 06 avril 1882: *Bull. Crim.*, n° 98.

²⁷³ Arrêt, Cass. crim. 18 mars 1936 : *Gaz. Pal.* 1936.1.880 ; *RDS* 1936, 562 ; obs. Donnedieu de Vabres.

²⁷⁴ Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 240.

²⁷⁵ Arrêt, Cass. Crim. 05 mars 1980, *Bull.*, n° 81.

si la jurisprudence n'a pas enlevé à l'abus de confiance une de ses composantes, à savoir le préjudice. Car en retenant que le préjudice se trouve nécessairement caractérisé à partir de l'acte de détournement, il n'est pas nécessaire de prouver par un élément nouveau l'existence du préjudice²⁷⁶.

La seconde observation se rapporte à la directive PIF. Cette dernière requiert un préjudice pour toutes les incriminations de fraude. Toutefois, il faut non seulement un préjudice matériel, mais aussi que ce préjudice doit spécialement affecter les intérêts financiers de l'UE. C'est la nature particulière de ce préjudice sur les intérêts financiers de l'UE qui singularise ces incriminations européennes.

En somme, l'orientation de la jurisprudence française fait que l'exigence du préjudice en droit français est plus large et de nature à englober le préjudice matériel (au sens de la directive PIF), moral et éventuel. La difficulté est que la directive PIF constitue un minimum. Cette dilution de l'exigence du préjudice visée par la directive dans celle de l'abus de confiance en droit français ne nous paraît pas bien heureuse. Allant en deçà du minimum fixé par l'ordre juridique de l'UE, il nous semble punir plus que nécessaire.

Outre l'élément matériel, il convient d'évaluer également l'élément moral de ce délit.

2. L'élément moral

Le principe en droit pénal français est qu'il n'y a pas de délit sans l'intention de le commettre²⁷⁷. L'abus de confiance constitue un délit (puni de 5 ans) intentionnelle. L'agent doit avoir conscience de son acte et la volonté de détourner au préjudice d'autrui. Il n'y a pas de difficulté dans le rapport avec la directive PIF sur l'élément moral. Cette dernière exige également le caractère intentionnel des fraudes (au sens de l'article 3 §1 directive PIF). La jurisprudence française considère que l'intention se caractérise par la matérialité des faits. Il appartient à l'auteur, s'il conteste l'intention, d'en apporter la preuve contraire²⁷⁸. A ce sujet le considérant 11 de la directive PIF renseigne également que « *le caractère intentionnel d'un acte ou d'une omission peut résulter de circonstances factuelles objectives* ».

Concrètement, l'abus de confiance permet d'assurer la mise en œuvre des incriminations de la fraude en France, mais partiellement. Certains actes matériels de fraude échappant à son champ d'application rendent leur répression fragmentaire en droit français. Il faudra rechercher la responsabilité, pour les actes qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'abus de confiance, sur d'autres fondements juridiques (tel que celui de l'escroquerie).

Au-delà de l'abus de confiance, le code pénal protège également à travers l'incrimination du détournement de biens contenus dans un dépôt public, les atteintes aux intérêts financiers de l'UE.

§2. Le détournement de biens contenus dans un dépôt public

Cette infraction se trouve portée par l'article 433-4 du CPF. Le législateur incrimine le « *fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des*

²⁷⁶ Arrêt, Cass. Crim. 03 décembre 2003, *Bull.* 232 ; 13 janvier 2010, *JCP*, 2010, n° 500, note Lasserre Capdevielle. Le préjudice se trouve inclus dans la constatation du détournement

²⁷⁷ Article 121-3 al 1^{er} du CPF « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

²⁷⁸ Arrêt, Cass. crim. 9 janvier 2008, pourvoi n° 07-83.425, inédit. La formule pour retenir l'infraction étant « alors que le prévenu ne pouvait ignorer qu'il utilisait des subventions accordées par le conseil général à des fins étrangères à celles qui avaient été expressément stipulées dans les conventions ».

effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés (...) ». Cet article a été modifié par l'ordonnance de 2019 pour le rendre applicable à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE. La réforme a essentiellement visé les questions des peines qui seront analysées dans la deuxième partie de cette étude. Deux observations doivent cependant être soulignées au sujet de cette infraction. D'une part, elle n'a pas d'équivalent dans la directive PIF et d'autre part, sa ressemblance au délit de l'article 432-15 du CPF.

Un délit sans équivalent dans la directive PIF. Le détournement de biens contenus dans un dépôt public n'a pas d'équivalent dans la directive PIF. Il s'agit d'une infraction qui s'inscrit dans le cadre d'une protection supplémentaire exprimant une volonté plus stricte de la France à protéger les intérêts financiers de l'UE. Le fait pour l'ordonnance n°2019-963 de viser particulièrement cette infraction confirme la protection des intérêts financiers de l'UE en France par les mêmes mesures que celles nationales (article 325§2 TFUE). La France protégeant déjà les biens placés dans un dépôt public contre toute atteinte frauduleuse se réalisant par détournement n'a fait qu'assimiler la protection des intérêts financiers de l'UE au régime de cette infraction.

En absence d'équivalent en droit de l'UE, les institutions judiciaires européennes ne peuvent contrôler sa mise en œuvre en vertu de la directive PIF, sauf en cas de violation d'une autre règle de l'UE. La CJUE pourra toutefois être amenée à interpréter la directive PIF, si cette interprétation est déterminante dans une procédure relative à cette infraction devant un juge national. Elle l'a déjà fait dans le cadre de la mise en œuvre de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil, du 25 octobre 2004 relatives aux éléments constitutifs des infractions et sanctions pénales applicables dans le domaine du trafic de drogue. La Cour de justice était amenée à interpréter la notion de « *grande quantité de drogue* » dans le cadre d'une application purement national du droit polonais, qui étendrait cette notion du droit de l'union à son droit national²⁷⁹.

Un pendant du détournement de l'article 432-15 du CPF. L'infraction de l'article 433-4 du code pénal est très similaire à celle de la soustraction ou du détournement commis par des personnes exerçant une fonction publique qu'organise l'article 432-15 du CPF. Ils comportent les mêmes éléments constitutifs. Les seules différences résultent du fait que si le délit de l'article 432-15 du CPF requiert la qualité particulière de l'agent public, celui de l'article 433-4 du CPF vise quiconque indifféremment de sa qualité officielle et nécessite que l'objet ait été placé dans un dépôt public. La Cour de cassation considère notamment que le lieu comme la mairie constitue le dépôt public²⁸⁰. De même qu'un objet placé sous scellés par la justice constitue un dépôt public²⁸¹. Le détournement comme acte matériel demeure cependant très rare car l'agent doit avoir reçu la chose entre ses mains pour qu'il soit poursuivi pour détournement. Il en est ainsi lorsqu'il a été remis à l'auteur des livres, appartenant à l'antenne de la bibliothèque du Parlement européen à Strasbourg pour un usage temporaire, qui les détourne²⁸². Au regard de sa similarité avec le délit de l'article 432-15 du CPF, il convient de se reporter au développement « *infra* » sur ce délit.

²⁷⁹ Arrêt de la Cour (première chambre) du 11 juin 2020, *Jl/Pologne*, Affaire C-634/18 ; Julie RONDU, *Op. cit.* Dans le cadre d'une harmonisation minimale, le droit ou le juge national peut toujours étendre le droit de l'union à d'autres situations au niveau national.

²⁸⁰ Arrêt, Cass. crim. 19 février 1998, n° 96-83.423 P.

²⁸¹ Arrêt, Cass. crim. 19 octobre 1993, n° 93-83.225 P.

²⁸² Michèle-Laure RASSAT, *p. cit.*, p. 1284.

Outre ces régimes communs, la France organise aussi un régime spécifique du détournement applicable aux personnes exerçant une fonction publique. Il convient d'évaluer également leur applicabilité à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE au regard de la directive PIF.

Section 2 : Les détournements imputables à « l'agent public »

Le code pénal français organise une protection pénale contre les manquements au devoir de probité en incriminant la soustraction et le détournement de biens commis par les personnes exerçant des fonctions publiques²⁸³. Ce texte organise deux formes de détournements. Il y a d'une part, le détournement intentionnel (article 432-15 du CPF) et d'autre part, le détournement commis en raison de la négligence de l'agent public (article 432-16 du CPF).

La directive PIF incrimine spécialement le détournement de l'agent public lorsqu'il est intentionnel. C'est ainsi que l'ordonnance n°2019-963 relative à sa transposition ne fait référence qu'à l'article 432-15 du CPF. Toutefois, le délit français de détournement de l'article 432-16 du CPF est également applicable à la protection des intérêts financiers de l'Union et en constitue une protection supplémentaire qu'il convient d'analyser. Ces délits comportent cependant certaines composantes communes (§1) et d'autres spécifiques (§2).

§1. Les composantes communes aux détournements imputables à « l'agent public »

Les délits des détournements comportent des conditions préalables (A), mais également des éléments « strictement » constitutifs (B) dont l'applicabilité à la protection des intérêts financiers de l'UE doit être évaluée à la lumière de la directive PIF.

A. Les conditions préalables

Les détournements des articles 432-15 et 432-16 du CPF exigent, pour être établis, la réunion de deux préalables. Il faut caractériser la qualité officielle de l'agent (1) et l'acte de remise (2), mais leur compatibilité aux exigences de la directive PIF est douteuse.

1. L'ambiguïté française sur la qualité officielle de l'agent

Si la directive (UE) 2017/1371 détermine spécialement la qualité d'agent public en matière de détournement porté par son article 4§3, les infractions françaises de détournement ne font pas référence à la notion agent public. L'article 432-15 du CPF se limite à énumérer certaines catégories d'autorités susceptibles de commettre ces délits. Selon cet article, le détournement exige, selon le cas, que l'auteur principal soit un dépositaire de l'autorité publique, un chargé d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnées. C'est la doctrine qui tente de donner une définition à la notion d'agent public en considérant qu'elle renvoie à l'exercice d'une fonction publique, désigne les missions publiques et les différents rôles joués par ceux qui prennent part à la mission de satisfaction de l'intérêt général, peu importe qu'ils soient fonctionnaires ou non²⁸⁴.

²⁸³ Section 3 du chapitre 2, du titre II des atteintes à l'autorité de l'Etat, sur les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique portés par le livre IV de la partie législative du code pénal français.

²⁸⁴ Marion WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques », *In Revue de sciences criminelles et de droit comparé (RSC)*, n° 1, janvier-mars 2011, p. 38.

Pour que l'agent soit punissable, la Cour de cassation exige que la décision de condamnation puisse caractériser les fonctions exercées par le prévenu et indiquer que les fonds détournés étaient venus entre ses mains en raison de ses fonctions²⁸⁵. Il convient de déterminer la portée de chacune de ces qualités officielles visées.

Le dépositaire de l'autorité publique. L'autorité publique renvoie à la notion de la puissance publique, le dépositaire de l'autorité publique est « celui qui a un pouvoir de coercition légitime au nom de l'Etat »²⁸⁶. Il s'agit d'« une personne investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire »²⁸⁷. Pour la Cour de cassation, cette qualité « n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique »²⁸⁸.

Cette qualité couvre une catégorie d'agents nationaux au sens de la directive PIF. Elle vise les fonctionnaires de l'Etat exerçant un pouvoir de décision. Il peut s'agir d'un fonctionnaire au sens strict, du militaire, d'un magistrat²⁸⁹, du Président d'un conseil général²⁹⁰, des représentants de l'Etat et des collectivités territoriales, d'un officier public ou ministériel²⁹¹. Mais cette qualité n'englobe pour autant pas tous les fonctionnaires de l'Etat. Ce sont donc des dépositaires de l'autorité publique française, représentant la puissance publique française. Ce qui exclut les agents étrangers ou internationaux n'ayant pas les prérogatives de la puissance publique en France.

Le chargé d'une mission de service public. Sont des personnes ne disposant pas d'un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, mais qui exercent une mission d'intérêt général²⁹². Ils exercent un service public quelconque, qu'il s'agisse d'une personne privée ou publique²⁹³. Cette catégorie est générale et permet de prendre en charge toute catégorie de service d'intérêt général qui ne rentre pas dans la caractéristique de dépositaire par délégation de l'autorité publique²⁹⁴. Elle permet, pensons-nous, de prendre en charge les agents nationaux mais qui ne sont pas dépositaires de l'autorité publique et couvre également toute personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union au sens de la directive PIF.

Selon la Cour de cassation, le président d'un conseil régional des notaires²⁹⁵, le directeur d'une agence de banque postale²⁹⁶, de même que l'avocat dans l'exercice de sa profession²⁹⁷ sont

²⁸⁵ Arrêt, Cass. Crim. 28 juillet 1958: *Bull. crim. n° 584*.

²⁸⁶ Marion WAGNER, *op cit.*, p. 41.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ Arrêt, Cass. crim., 6 janv. 2015, no 13-86330.

²⁸⁹ Arrêt, Crim. 18 novembre 1970, n°70-90.975.

²⁹⁰ Arrêt, Crim. 16 janvier 2002, n°01-81.054, Crim. 4 mai, 2006, n° 05-81.151 p : *RLCT 2006/18*, n° 518, note *Mayaud.*, Crim. 22 février 2012, n°11-81.476.

²⁹¹ Rapport parlementaire, n°2244, p. 124 et Rapport. Masson, n° 274, présenté au nom de la commission des lois sur le livre IV du code pénal., p. 77. Marion WAGNER, *Op. cit* : Comme a pu renseigner la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, il s'agit de « celui qui exerce une fonction d'autorité, que cette dernière soit de nature administrative, juridictionnelle ou militaire et peu important son statut ».

²⁹² Marion WAGNER, *Op. cit.*, p. 42.

²⁹³ Selon le Rapport parlementaire n° 2244., p. 124.

²⁹⁴ Marion WAGNER, *Op. cit.*

²⁹⁵ Arrêt, Cass. Crim. 21 septembre 2005, n° 04-85.056 P.

²⁹⁶ Arrêt, Cass. crim. 20 mai 2017, *obs. Fonteix ; Dr. Pénal, 2017*, n° 100, *obs. Bonis-Garçon ; Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 61. Dreyer.

chargés des missions d'intérêt général et entrent dans la catégorie de chargé d'une mission de service public.

La Cour de cassation a une vision beaucoup plus large de la notion de chargée d'une mission de service public. Elle y range désormais les parlementaires français²⁹⁸. Cette jurisprudence doit être interprétée en parallèle avec les exigences de la directive PIF qui obligent les Etats à assimiler les parlementaires aux agents nationaux²⁹⁹. En absence d'une précision législative, la Cour de cassation qui n'incluait pas les parlementaires parmi les chargées d'une mission de service public, les range désormais dans cette catégorie. Pour cette Cour, les parlementaires accomplissent une activité d'intérêt général et sont à ce titre chargés d'une mission de service public. Elle considère qu'il s'agit d'une interprétation stricte de la loi en définissant le domaine d'application des dispositions de l'article 432-15 dépourvu de toute ambiguïté³⁰⁰.

L'article 432-15 du CPF ne visant pas expressément les parlementaires, alors que le législateur fait expressément référence aux titulaires des mandats électifs dans d'autres délits d'atteinte à l'administration publique, notamment en matière de corruption et trafic d'influence, l'interprétation voulu au sens strict du droit pénal serait celle d'exclusion. Toutefois, le caractère balais de cette catégorie a sans nul doute plaidé en faveur de cet élargissement.

Le comptable public. Cette catégorie d'autorité visée en matière de détournement en droit français n'est pas prévue en matière d'autres délits d'atteinte à l'autorité de l'Etat par les personnes exerçant une fonction publique tels que la corruption et la prise illégale d'intérêt. Selon l'article 13 du décret du 7/11/2012 « *les comptables publics sont des agents de droit public ayant, dans les conditions définies par le présent décret, la charge exclusive de manier les fonds et de tenir les comptes des personnes morales mentionnées à l'article 1^{er}* »³⁰¹. Il s'agit d'une catégorie spéciale des fonctionnaires désignés par leur administration de tutelle pour exercer ces fonctions.

Sont considérés comme comptables publics, les trésoriers-payeurs-généraux, les percepteurs et conservateurs des hypothèques, les receveurs, intendants, économes et régisseurs des administrations. Il importe peu que cette qualité soit de droit ou de fait³⁰².

Le comptable public correspond au sens de la directive PIF à l'agent national, pris au titre de fonctionnaire. Cette catégorie serait cependant superfétatoire dans la mesure où le comptable public est un fonctionnaire chargé d'une mission de service public.

Le dépositaire public. Comme pour le comptable public, cette catégorie est également spéciale. En effet, seuls les délits des articles 432-15 et 432-16 du CPF le prévoient parmi les infractions d'atteinte à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction

²⁹⁷ Michèle-Laure Rassat, *Op. cit.*, L'avocat peut être soumis au régime de l'article 432-15 et condamné pour détournement des pièces qui lui ont été remis en raison de sa profession.

²⁹⁸ Arrêt, Crim 27 juin 2018, n° 18-80.069 p : D. *actu* 5 juin 2018. *Obs. Goetz*; D. 2018. Pan 2259, *obs. Garé, AJ pénal* 2018, n° 828, *obs. Brigant*. *Adde*: Cutajar, JCP 2018. 1105 (prévention de la corruption des parlementaires, juges et procureur : un niveau de conformité globalement insuffisant).

²⁹⁹ Article 4§4 ii) in fine de la Directive PIF : Est assimilé à agent national « *toute personne exerçant des fonctions législatives au niveau national, régional ou local* ».

³⁰⁰ Arrêt, Crim. 27 février 2020, n° 17025000146 : D. *actu*. 16 juillet 2020, *obs. Recotillet*.

³⁰¹ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, *JORF* n°0262 du 10 novembre 2012.

³⁰² Arrêt, Cass. crim., du 7 novembre 1991, 91-84.717,

publique. Le dépositaire public désigne celui qui est chargé de recevoir, détenir et conserver les objets, les actes ou titres et les fonds en raison de ses fonctions³⁰³.

Entre, selon la Cour de cassation, dans cette catégorie le notaire à qui on remet des actes sous seing privé à raison de ses fonctions³⁰⁴, les greffiers associés de tribunaux de commerce³⁰⁵. La qualité de dépositaire public constitue en soi une mission de service public et rentrent bien dans la catégorie des personnes chargées d'une mission de service public. Il correspond selon le cas à la catégorie d'agent national (fonctionnaire) ou d'une personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci en France aux au sens de la directive PIF.

Les subordonnés d'un comptable public ou d'un dépositaire public. L'article 432-16 du CPF vise également les subordonnés du comptable public ou d'un dépositaire public. Il s'agit des personnes nommées par l'autorité publique en qualité d'auxiliaires liés par un lien de subordination soit avec le comptable public ou le dépositaire public. Ce lien doit être caractérisé pour établir l'infraction. Peu importe qu'il soit rémunéré par l'administration (fonctionnaire)³⁰⁶ ou par le comptable ou le dépositaire public lui-même (salarié de droit privé). A ce sujet la Cour de cassation considère que, quelle que soit la nature du contrat de travail, le salarié du dépositaire public commet un détournement dès lors que l'objet lui a été remis dans le cadre de ses fonctions³⁰⁷. Ils correspondent également à la catégorie d'agent national (fonctionnaire) ou d'une personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci en France aux au sens de la directive PIF.

Les catégories visées par l'article 432-15 du CPF permettent de prendre en charge les agents nationaux français au sens de la directive PIF. Toutefois, la portée nationale de ces catégories ne permet de couvrir l'ensemble de catégories d'agents visés par la directive PIF. Le droit français semble méconnaître ainsi la qualité d'agents de l'UE et étrangers.

Une méconnaissance de la qualité d'agents de l'UE et d'agents étrangers. Les détournements des articles 432-16 et 432-16 du CPF ne visent pas expressément les agents de l'UE et agents étrangers. Or, la transposition impose que les différentes qualités d'agents publics visées pour l'incrimination de détournement par la directive PIF soient, à tout le moins, intégrées dans l'ordre juridique interne des Etats membres.

En effet, le droit français souffre d'une disparité des régimes de protection des fonctions publiques. Il n'existe pas une définition commune d'agents publics à toutes les infractions d'atteintes à la fonction publique. Dans certaines infractions, le législateur vise expressément les

³⁰³ Marion WAGNER, *Op. cit.*

³⁰⁴ Arrêt, Cass. Crim. 11 octobre 1994, n° 92-81.724 p : *Dr. Pénal* 1995.

³⁰⁵ Agathe LEPAGE et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Paris, LGDJ, 2015, p. 781.

³⁰⁶ Arrêt, Crim. 2 décembre 2009, n°09-81.967 : Est également considéré comme subordonné du comptable public, pouvant commettre le détournement, le chef du service des finances d'une mairie, qui a pour fonction d'établir et de gérer le budget communal et de préparer les opérations de liquidation des factures, mais qui ne dispose pas de la signature.

³⁰⁷ Arrêt, Cass. Crim. 29 mars 2000, 98-87.855, « Selon l'article 432-15 du Code pénal, le subordonné d'un dépositaire public peut être déclaré coupable du délit de détournement de biens. Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer coupables de ce délit des prévenus employés par un dépositaire public, énonce que les dispositions de cet article ne comportent aucune restriction quant à la nature du contrat de travail ou le statut du salarié, dès lors que les billets détournés leur avaient été remis en raison de leurs fonctions ou de leurs missions ».

agents internationaux et étrangers³⁰⁸ et dans d'autres il ne les inclut pas. Le législateur français aurait pu, non seulement, dégager une définition commune de la notion de fonctionnaire et/ou d'agent public, tout en harmonisant son droit à la lumière des exigences de la directive PIF, ce qui n'a pas été fait. A l'état actuel de la législation française, les poursuites pour détournement en vue de protéger les intérêts financiers de l'Union peuvent se heurter aux difficultés de conformité. La portée nationale³⁰⁹ des catégories visées par l'article 432-15 du CPF ne permet de prendre en charge que partiellement les catégories d'agent public au sens de la directive PIF.

Le législateur français aurait pu suivre la logique du législateur luxembourgeois qui organise une définition du détournement très similaire à celle du droit français. Ce dernier ayant adapté son droit pénal pour intégrer les définitions d'agents publics au sens de la directive PIF³¹⁰. Ce qui permet d'éviter toute ambiguïté ou difficulté d'interprétation et facilite l'harmonisation recherchée. Toutefois, l'interprétation de la Cour de cassation française n'est pas exclusive de toute surprise. Prenant assez souvent des positions, tantôt pour forcer la main du législateur³¹¹, tantôt pour combler ses lacunes³¹², elle pourrait ranger les agents de l'Union ou agents étrangers dans la catégorie des chargés d'une mission de service public, comme elle a déjà jugé pour les parlementaires. Il a été indiqué qu'il s'agit d'une catégorie balais. En l'absence d'une limitation légale expresse aux personnes chargées d'une mission de service public national, un tel élargissement « *secunda* » *legem* n'est pas exclusive étant donné qu'il existe désormais un service public international³¹³. Une telle interprétation ne saurait cependant échapper aux critiques, car il revient finalement au législateur d'adopter des normes claires, en particulier dans le domaine pénal qui nécessite une interprétation stricte.

Malgré les obligations précises de la directive PIF sur la définition d'agent public, le législateur français méconnaît ces exigences en ne dégagant pas une définition conforme aux indications de cette directive³¹⁴. Les procédures ouvertes en France, notamment à la suite des enquêtes de l'OLAF sur le détournement de fonds alloués à l'assistance parlementaire de l'UE, pourront aboutir à des précisions jurisprudentielles pouvant déterminer l'avenir du droit français sur ces catégories.

2. L'inadéquation française de la remise

Un acte de remise. Les délits des détournements requièrent que l'agent ait été bénéficiaire d'une remise. L'article 432-15 du CPF précise qu'il doit lui avoir été « *remis* » en raison de ses fonctions ou de sa mission. Il doit avoir reçu l'objet concerné sans qu'il ait un dessein délictueux au départ. Des différences existent cependant entre le droit français et la directive PIF.

³⁰⁸ L'article 435-1 du CPF en matière de corruption et du trafic d'influence passifs ce texte vise expressément le « *chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique* ».

³⁰⁹ Les travaux préparatoires de la réforme de 1994 ayant fait la refonte de ces dispositions visaient particulièrement les agents nationaux.

³¹⁰ Article 252 du code pénal luxembourgeois.

³¹¹ Arrêt, Cass. crim., 20 févr. 2002, n° 01-85042, en matière de la prescription de l'action publique.

³¹² Arrêts : Cass. crim., 27 sept. 2005, no 05-80123, H de L sur la constitution de partie civile en matière de l'injure publique ; Cass. crim 3 décembre 2002 (Bull. crim. 2002, no 218, p. 808), sur la diffamation.

³¹³ Charles CHAUMONT, « Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain » : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Chaumont.MelScelle.pdf>. Consulté le 23 juin 2022.

³¹⁴ Arrêt, CJCE, 1^{er} février 1977, *Verbond van Nederlande Ondernemingen*, *Aff. 51/76*, Rec. 113, Pts 10-11.

La directive PIF fait référence à une notion beaucoup plus formelle et abstraite, « *le fait, pour un agent public auquel est confiée...* ». Alors que le droit français fait référence à une notion beaucoup plus matérielle, la « *remise* ». La remise suppose un transfert matériel de la chose, elle suppose que l'agent ait reçu matériellement l'objet remis. Il en est ainsi qu'une somme d'argent ou d'un document. En revanche, confier est plus général et ne nécessite pas forcément un transfert ou déplacement matériel. Ainsi, si tout acte de remise suppose d'avoir confié, confier ne renvoie pas forcément à la remise d'une chose. Le terme confié a donc une portée très large en ce sens qu'il renvoie à la fois aux objets matériels qu'immatériels, tant meubles qu'immeubles, aux obligations ou décharges. C'est ainsi que l'analyse de l'objet de la remise est déterminante.

L'objet de la remise. La remise, pour constituer le détournement, doit porter selon l'article 432-15 du CPF, soit sur les actes, titres, des fonds (publics ou privés) ou les effets, pièces ou titres tenant lieu. Le code pénal français fait une énumération plus ou moins longue et ajoute même une formule balais en visant « *tout autre objet* ». La directive quant à elle, rappelons-le, ne vise que deux types d'objets, les fonds et avoirs (*cfr. Chapitre 2 titre I supra*).

En ce qui concerne les fonds, il n'y a pas de difficultés. En revanche, malgré l'énumération longue du droit français sur des objets de la remise, elle semble ne pas contenir l'ensemble des avoirs au sens de la directive PIF. En effet, bien que le code pénal français ne limite pas l'énumération de tout autre bien, la jurisprudence française a toujours exclu les biens immeubles dans la répression de l'abus de confiance qui est l'infraction générale de détournement. Selon la Cour de cassation, le bien immeuble, insusceptible de remise, ne peut faire l'objet de détournement³¹⁵. Reste à savoir si la Cour de cassation admet le détournement d'immeubles, car son exclusion ne rendrait le droit français que partiellement satisfaisant.

Le procédé de la remise. Pour rappel, la directive PIF dispose que l'objet de détournement peut avoir été confié directement ou indirectement. L'article 432-15 du CPF ne fait pas référence à une remise directe ou indirecte, la jurisprudence exige simplement que l'objet de détournement soit venu « *entre les mains en vertu de leurs fonctions* »³¹⁶. L'admission d'une remise indirecte est cependant délicate. D'une part, le caractère indirect peut-être admis lorsque l'objet remis à l'auteur lui a été transmis indirectement par un de ses délégués. Mais, lorsque l'auteur n'hérite que des actes de ses prédécesseurs ou collègues, le détournement par remise indirecte ne semble pas possible selon l'interprétation de la Cour de cassation. En effet, la chambre criminelle juge qu'un fonctionnaire de police qui détruit des tubes de prélèvements sanguins effectués dans une procédure à laquelle il n'a pas participé n'est pas personnellement le dépositaire public de ces tubes, de sorte que la remise effectuée en raison des fonctions n'est pas caractérisée³¹⁷.

La nature de la remise. En droit français, l'article 432-15 du CPF dispose que la remise doit avoir été faite « *en raison de ses fonctions ou de sa mission* ». La jurisprudence est d'ailleurs très exigeante, la Cour de cassation juge que le détournement commis par un comptable public n'est punissable que s'il a porté sur des deniers ou effet venu entre ses mains en vertu de ses fonctions³¹⁸. Constitue une remise en raison de ses fonctions ou missions le fait de remettre le produit d'une liquidation de succession ordonnée par voie de justice à un notaire ou le fait de verser une

³¹⁵ Arrêt, Cass. Crim. 10 octobre 2001, n° 00-87.605 p : *D. 2002. Somm.* 1796, obs. de Lamy ; *Dr. Pénal* 2002. 1, obs. Véron.

³¹⁶ Arrêt, Cass. Crim. 28 juillet 1958, *Bull. Crim.*, n° 584.

³¹⁷ Arrêt, Crim. 1er décembre 1987, n°87-80.353, cité par Avi BITTON et Clémence FERRAND, *Loc. cit.*

³¹⁸ Arrêt, Cass. Crim. 11 décembre 1952 : *Bull crim n° 299*.

contribution entre les mains d'un receveur³¹⁹. Il n'est cependant pas nécessaire que le détournement ait été commis à l'occasion de l'exécution de la mission de service public³²⁰.

La directive PIF quant à elle, ne requiert pas que les fonds ou avoirs aient été confiés en raison de ses fonctions. L'article 4§3 de ce texte se limite à déterminer que l'incrimination consiste au fait pour « *un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ». Dès lors, il importe peu qu'il lui ait été confié en raison ou non de ses fonctions. Le fait qu'il lui ait été confié en raison de la confiance qu'inspire son autorité publique suffit à justifier l'incrimination. Il suffit d'établir qu'il a été confié de fonds ou avoirs à un agent public. La directive paraît, à ce sujet, plus large que le droit français, même si, il faut le dire, une remise en dehors de l'exercice de ses fonctions ne reste pas moins pénalement punissable en droit français. Ainsi, la chambre criminelle considère que lorsque l'agent public reçoit des biens indépendamment de ses fonctions et le détourne ensuite, pourra être puni du chef de l'abus de confiance³²¹. L'auteur échappe néanmoins au régime répressif spécifique aux agents publics.

Si la directive PIF exige que l'auteur principal de l'incrimination de l'article 4§3 soit un agent public, le code pénal français vise plutôt des catégories d'agents spécifiquement désignées et ne couvrent pas l'ensemble d'agents publics visés par cette directive. En outre, cette dernière incrimine l'agent public à qui a été confié directement ou indirectement les fonds ou avoirs, alors que les délits de renvoi en France exigent plutôt un acte de remise et ce, en raison de ses fonctions. La transposition de ces conditions préalables paraît alors partielle et incorrecte. Toutefois, ces deux conditions préalables ne suffisent pas, encore faut-il établir les éléments « strictement » constitutifs de ces délits.

B. Les éléments « strictement » constitutifs

Comme pour toute infraction, les détournements requièrent des éléments matériel (1) et moral (2).

1. L'élément matériel

Les délits des articles 432-15 et 432-16 du CPF requièrent un acte positif (a) mais ne nécessitent pas de préjudice. Cependant, le détournement au sens de la directive PIF doit porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE pour être punissable. Il conviendra de confronter cette exigence du préjudice avec le régime français applicable en matière de ces délits (b).

a. Un acte positif

A titre de rappel, l'article 4§3 de la directive PIF détermine que les actes matériels de détournement consistent dans le fait, soit d'engager des fonds, soit de dépenser des fonds de l'Union, ou encore au fait de s'approprier des avoirs ou d'utiliser les avoirs de manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant préjudice aux intérêts financiers de l'UE.

³¹⁹ Arrêt, Cass. Crim. 12 juillet 1938, cité par Avi BITTON et Clémence FERRAND, « Le délit de détournement de fonds publics » 1^{re} Parution : 8 février 2021, <https://www.village-justice.com/articles/delit-detournement-fonds-publics.37906.html>

³²⁰ Arrêt, Crim. 11 juillet 2018, n° 18-80.264 : *Gaz. Pal.* 2018. 3177, obs. Dreyer : *Dr. Pénal* 2018, n° 190, obs conte.

³²¹ Arrêt, Cass. Crim. 11 décembre 1952, cité par Avi Bitton et Clémence Ferrand, *Loc. cit.*

Le paragraphe 5 de la section 3 relative aux manquements au devoir de probité du chapitre 2 du titre III du code pénal se rapportant aux atteintes à l'autorité de l'Etat traite de la soustraction et détournement. L'article 432-15 du CPF énumère trois actes en ajoutant la destruction aux deux premiers actes visés par ce paragraphe. Il s'agit en réalité un régime spécial de trois infractions différentes du code pénal : le vol (« l'acte de soustraction, article 311-1 et s du CPF »), la destruction des biens (« acte de destruction, article 322-6 du CPF ») et l'abus de confiance (« l'acte de détournement » article 314-1 du CPF) qui se trouvent regroupé en tant qu'actes matériels de détournements applicables aux personnes exerçant une fonction publique (l'agent public)³²². Ces actes nécessitent cependant une action de la part de l'auteur.

L'acte de destruction. L'acte de destruction consiste pour l'agent à détruire la chose lui confiée. Il peut s'agir soit de la destruction d'un acte, titre, des fonds, ou tout autre objet.

L'acte de soustraction. Cet acte coïncide assez mal avec la nature même du détournement. Celui qui soustrait est un preneur, il ne reçoit pas. Celui qui détourne doit avoir été bénéficiaire d'une remise, c'est après qu'il succombe à la tentation. Dans ce sens il est mal placé de considérer que celui à qui on remet un objet puisse le détourner par un acte de soustraction, l'objet se trouvant déjà entre ses mains³²³.

La destruction et la soustraction ne sont pas visées par la directive PIF, ils peuvent cependant s'appliquer à la protection des intérêts financiers de l'UE par assimilation en droit français.

L'acte de détournement. Le législateur français fait plutôt référence au fait de détourner. C'est l'acte qui correspond au détournement visé par la directive PIF. Le détournement consiste au fait pour l'auteur de détourner. Il s'agit pour lui de ne pas respecter l'obligation qui lui avait été faite soit de rendre, de représenter, ou de faire un usage déterminé de l'objet remis. Il consiste, soit au fait de refuser de restituer l'objet reçu ou d'en faire un usage personnel non autorisé³²⁴, ou encore le fait d'en faire usage autre que celui pour lequel il a été confié³²⁵.

Sous réserve d'éventuelles limites jurisprudentielles sur le détournement d'immeubles, « *le fait de détourner* » constitue l'acte matériel, qui prend entièrement en charge l'acte de détournement visé par la directive PIF.

L'objet de détournement. En droit français, le détournement porte sur l'objet remis à l'agent. Cela résulte d'ailleurs des termes de la loi. L'article 432-15 du CPF vise la destruction, le détournement ou la soustraction d'« *acte ou titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission* ». En revanche, les dispositions de l'article 4§3 de la directive PIF énoncent que le détournement consiste au fait pour « *un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ». Le détournement au sens de la directive PIF peut se réaliser sur les fonds ou avoirs directement ou indirectement confiés.

b. L'indifférence du régime français de détournement sur le préjudice

³²² Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 1280.

³²³ Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*

³²⁴ Arrêt, Cass. Crim. 17 Avr. 1847, bull. 78 ; 18 juillet 1918, bull. 160 ; 20 mai 2009, Dr. pénal 2009 n° 138., cité par Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 1281.

³²⁵ *Idem.*

La directive PIF exige pour que le détournement de l'article 4§3 soit constitué, que l'agent ait effectivement porté atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Cette affirmation formelle, requiert un préjudice matériel et spécial sur les intérêts financiers de l'UE. La directive chiffre par ailleurs le préjudice, ce qui atteste son caractère financier³²⁶.

En revanche, les articles 432-15 et 432-16 du CPF ne font pas référence au préjudice. La Cour de cassation juge que « l'article 432-15 du CPF n'exige pas, pour que le délit de détournement de fonds soit constitué, que l'emploi par le prévenu des biens ou fonds à des fins autres que celles prévues par la personne publique soit contraire à l'intérêt de celle-ci »³²⁷. Le détournement est ainsi punissable qu'il entraîne ou non préjudice. Cette absence de l'exigence du préjudice en droit français paraît plus contraignante. N'empêche que cela fragilise l'harmonisation recherchée et enfreint l'exigence minimale fixée par la directive PIF car enlève à l'incrimination une de ses composantes.

A ces composantes communes des détournements imputables aux personnes exerçant une fonction publique s'ajoutent les composantes spécifiques respectives qu'il convient d'analyser.

§2. Les composantes spécifiques à chaque type de détournement

C'est au niveau de l'élément moral que ces deux infractions de détournements se distinguent. Le détournement est donc punissable selon que l'agent aura agi volontairement (A) ou que le détournement résulte de sa négligence (B).

A. L'élément moral du détournement volontaire

Le détournement de l'article 432-15 du CPF est une infraction intentionnelle. Constituant un délit, l'intention découle de la nature même de l'infraction³²⁸. L'agent doit avoir agi « en connaissance de cause »³²⁹. La Cour de cassation considère que l'intention de détourner résulte de la matérialité même du délit, sans qu'il soit nécessaire d'établir si l'agent avait l'intention de s'approprier les fonds ou avoirs détournés ou qu'il en ait tiré profit d'une manière ou d'une autre³³⁰. La directive PIF requiert également que le comportement de l'agent soit volontaire pour que cette incrimination se caractérise (article 4§3 de la directive PIF).

B. L'élément moral du détournement résultant de la négligence de l'agent public

Le législateur incrimine ici par procédé détourné, le détournement réalisé à la suite de la négligence de l'agent public. L'agent est puni non pas pour avoir détourné, mais parce que sa négligence a entraîné le détournement. L'article 432-16 du CPF dispose « *lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service*

³²⁶ Il en est ainsi lorsque le préjudice est considérable, c'est-à-dire estimé à plus de 100 000 euros : (article 2 et 7 de la directive PIF). De même, la compétence du Parquet européen pour la répression de ces atteintes est également liée à l'importance chiffrée du préjudice causé à l'Union (article 22 du Règlement (UE) 2017/1939 DU Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *in Journal officiel de l'Union européenne*, L 283/1, du 31 octobre 2017 : « ...le Parquet européen est compétent uniquement lorsque les actes ou omissions intentionnels définis dans cette disposition ont un lien avec le territoire de deux États membres ou plus et entraînent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 EUR ».

³²⁷ Arrêt, Cass. Crim. 24 oct. 2018, n° 17-87.077 P: *Dr. pénal* 2019, n° 3, obs. Conte.

³²⁸ Article 121-3 du CPF.

³²⁹ Arrêt, Cass. Crim. 13 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 220.

³³⁰ Arrêt, Cass. Crim. 20 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 140.

public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». La négligence consiste pour l'agent de ne pas accomplir toutes les diligences normales qui lui incombent en vertu de ses fonctions³³¹. Il n'est cependant pas nécessaire, « pour que le délit soit caractérisé, la violation délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité »³³².

Commet ainsi le délit de détournement par son imprudence, le fait pour le maire de signer, « en négligeant d'en contrôler le contenu, des ordres de paiement non causés et étayés par de fausses factures, au profit du mari de la secrétaire qui les lui présentait »³³³. Pourra également être poursuivi sous le même régime, le fait pour l'agent de l'Union membre de l'administration de la BEI d'autoriser le paiement des allocations de frais scolaires indûment accordées à des membres du personnel de la BEI sans contrôler la régularité des déclarations de la situation des personnes à charge³³⁴. La directive PIF ne visant pas les actes involontaires, cette incrimination constitue une protection supplémentaire des intérêts financiers de l'Union par assimilation aux règles de protections pénales des intérêts nationaux.

####

S'il s'observe une émergence par la définition européenne des incriminations de détournement, cette émergence se trouve freinée par la résistance française. En effet, en renvoyant à l'application des infractions portées par son code pénal, plusieurs infractions peuvent être appliquées pour réprimer le détournement de fonds et d'avoirs au préjudice de l'UE. Toutefois, en absence d'une adaptation, la dilution et le caractère fragmentaire de ces incriminations dans plusieurs infractions du code pénal français fragilisent l'harmonisation recherchée. Le contenu de ces infractions n'offre pas toutes les garanties d'une application pleine et entière des incriminations visées par la directive PIF. La transposition apparaît, selon le cas, incomplète ou incorrecte. Ce comportement constitue un manquement pour la France à l'obligation de transposition de la directive et l'expose à des poursuites devant la CJUE.

Au-delà des incriminations, la directive PIF impose également la conduite à tenir en matière de peines afin de rapprocher davantage les droits nationaux des Etats membres. Il convient de vérifier, dans la seconde partie de cette étude, si le droit français de transposition de la directive PIF permet de satisfaire aux exigences de la directive en matière de peines.

³³¹ Arrêt, Cass. Crim. 9 nov. 1998: *Dr. pénal* 1999. 53, obs. Véron.

³³² Arrêt, Cass. Crim. 22 févr. 2017, n° 15-87.328 P: *D. actu.* 3 mars 2017, obs. de Montecler; *Gaz. Pal.* 25 avr. 2017, p. 53, obs. Dreyer.

³³³ *Idem.*

³³⁴ Rapport de l'OLAF de 2020.

II^e Partie : Les enjeux de la mise en œuvre de peines en matière de détournement

La directive PIF impose aux États membres un rapprochement minimal des règles applicables en matière de peines. Elle détermine un cadre que les États membres doivent suivre pour réagir contre les atteintes aux intérêts financiers de l'UE. Ces règles s'appliquent notamment en matière de détournement et visent à harmoniser les réponses pénales pour la protection des intérêts financiers de l'UE. Il convient de vérifier dans un premier temps ces exigences européennes d'harmonisation (Titre I).

Les États membres sont tenus d'adapter leurs législations pour donner plein effet aux exigences de la directive PIF. Bien que la réaction pénale dépende de l'opinion commune et liée aux conceptions de la peine privilégiée dans chaque État ³³⁵, les frilosités françaises semblent tempérées lors de la transposition du régime de peines. En effet, contrairement à la résistance marquée en matière d'incriminations, le législateur français n'a pas hésité à bousculer son ordre juridique interne pour l'adapter au regard des exigences de cette directive. Il conviendra, dans un second temps, d'évaluer cette adaptation du régime français de peines en matière de détournement (Titre II).

Titre I : L'harmonisation de peines en matière de détournement en droit de l'UE

Les différences marquées du régime des sanctions pénales au sein des États membres de l'UE créent la catégorie de modèle dit « sécuritaire » et « libertaire » et ne facilitent pas l'harmonisation³³⁶. L'harmonisation des peines contre les atteintes aux intérêts financiers de l'UE est cependant nécessaire et permet de limiter les différences profondes entre les États membres³³⁷. Différences qui ne devraient plus exister entre les États structurellement voisins et ayant des liens institutionnels aussi profonds. La directive PIF intervient, dès lors, en encadrant par des règles minimales le régime des sanctions applicables à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE³³⁸.

Cet encadrement est à deux échelles. D'une part, le législateur de l'UE fixe des règles minimales à appliquer en matière de peines (chapitre 1) et d'autre part, il impose aux États membres de considérer certaines circonstances comme aggravantes (chapitre 2).

³³⁵ Alessandro BERNARDI, « Europe sans frontière et droit pénal » in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, éd. Dalloz, Paris, 2002, p. 1-2.

³³⁶ Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'harmonisation des sanctions pénales en Europe : étude comparée de faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé des sanctions et aux mesures d'aménagement des peines privatives de liberté », in *Archives de politique criminelle*, Éditions Pédone, 2002/1 n° 24 | pages 177 à 194, en particulier p. 186. <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2002-1-page-177.htm> : « L'analyse de droit comparé des sanctions applicables et des fourchettes de peines selon les États révèle de fortes divergences ».

³³⁷ Alessandro BERNARDI, « L'harmonisation des sanctions en Europe », in *Le chemin de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, éd. société de législation comparée, Paris, 2008, p. 289, 290, 294.

³³⁸ Michel MASSE, *Op. cit.*, p. 945.

Chapitre 1 : La détermination complexe de peines au niveau européen

Si les Etats n'arrivent que difficilement à se défaire du monopole de l'incrimination des comportements, il en est de même du transfert de compétence en matière de peines. En effet, même pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union, les États n'acceptent pas de laisser le libre arbitre au législateur de l'Union. Il s'observe une « résistance du monopole national de la peine » alors même qu'il s'agit de l'organisation internationale la plus avancée et ayant une légitimité démocratique plus affirmée³³⁹. Les exigences européennes en matière de peines semblent encore très faibles. Le législateur de l'UE n'a réussi qu'à faire un encadrement plutôt qu'une harmonisation par des règles précises des peines en matière de détournement des fonds et avoirs au préjudice de l'UE (Section 1). Il impose néanmoins les peines d'emprisonnement pour les incriminations qu'elle consacre³⁴⁰ (Section 2).

Section 1. De l'encadrement des sanctions applicables

L'encadrement du régime de la sanction applicable à la protection pénale visée par la directive PIF est fondé sur l'affirmation d'un principe bien ancré dans la jurisprudence de la CJUE³⁴¹ puis devenu une référence des normes de l'UE en matière de sanction³⁴². Celle imposant aux Etats membres d'adopter des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives³⁴³ (§1), mais elle exige spécifiquement des sanctions de nature pénale pour les incriminations portant atteintes aux intérêts financiers de l'UE portées par la directive PIF (§2).

§1. L'exigence des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives

Les articles 7 et 9 de la directive PIF requièrent que les sanctions à prévoir par les Etats membres contre les auteurs des incriminations qu'organise cette directive soient à la fois effectives, proportionnées et dissuasives. Ces conditions sont cumulatives et guide la « fonction utilitaire des sanctions »³⁴⁴.

L'effectivité des sanctions. Ce principe impose aux États membres de prévoir des sanctions effectivement applicables afin de protéger les intérêts financiers de l'UE. En droit pénal, le principe « *nulla poena sine lege* » exige qu'une personne ne soit pénalement punissable que s'il y avait préalablement été établi une sanction pénale contre le comportement qu'il aura commis³⁴⁵. Ce principe de légalité de peine suppose que dans l'ordre juridique interne des Etats membres il y ait, d'une part, des normes sanctionnant les infractions transposant les incriminations de la directive PIF³⁴⁶. D'autre part, le caractère effectif exige une garantie que les sanctions ainsi créées aient une

³³⁹ Carlo SOTIS, *Op. cit.*, p. 264.

³⁴⁰ Article 7 §2 de la directive PIF.

³⁴¹ Arrêt, CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ République Hellénique*, affaire 68/88, §24.

³⁴² Directive (UE) 2018/1673 en matière de blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, article 5 ; Directive 2013/40/UE du 12 août 2013, Relative aux attaques contre les systèmes d'information, article 9 ; directive 2008/48 matière de crédit à la consommation article 23 ; etc.

³⁴³ Articles 7 §1 et 9 al. 1^{er} de la directive PIF.

³⁴⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, Université de Paris I/CNRS UMR 8103, p. 3.

³⁴⁵ Dephine GARCIN, *Op. cit.*, p. 149-150.

³⁴⁶ La directive n'ayant organisé que des incriminations de comportement en renvoyant l'organisation du régime des sanctions pénales aux Etats membres.

applicabilité effective, c'est-à-dire de nature à être concrètement mises en œuvre par les juridictions internes.

La nécessité des sanctions proportionnées. La proportionnalité consiste à faire le rapport de proportion, elle se mesure par rapport aux objectifs et fonctions de la sanction³⁴⁷. Mais sa détermination demeure complexe dans la mesure où les objectifs du droit pénal dépassent aujourd'hui la seule punition du comportement de l'agent. Elle s'oppose toutefois à des sanctions disproportionnées. L'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE interdit que l'intensité des peines soit disproportionnée par rapport à l'infraction³⁴⁸. La disproportion consiste à imposer des sanctions moins ou plus que nécessaire. Elle est moins que nécessaire lorsque la sanction ne correspond pas à la gravité de l'acte ou à la référence de la mesure et elle est plus que nécessaire lorsqu'elle dépasse le seuil maximal ou va au-delà du raisonnable. La proportionnalité est donc la juste mesure à appliquer entre l'objet de proportion et la mesure de la proportion, il s'agit d'une question de degré. Elle entretient ainsi un lien étroit avec un autre principe, le principe de nécessité. Si la proportionnalité est l'exigence qui oblige à faire « *un rapport adéquat entre deux ou plusieurs objets, eu égard à leurs natures et qualités respectives.... Elle désigne également une forme de modération, un équilibre nécessaire au respect de l'égalité* »³⁴⁹. Alors que la nécessité, qui entretient un rapport étroit avec la proportionnalité, est « *un des termes du rapport de proportion, qu'il s'agit de comparer (...) à l'exercice de l'autorité, pour déterminer la juste mesure de ceux-ci* »³⁵⁰.

L'évaluation de la proportionnalité rentre cependant dans la marge nationale d'appréciation³⁵¹. Il revient à l'État d'évaluer la sanction qui serait proportionnée. Ce n'est que lorsqu'un Etat membre organise une sanction disproportionnée ou contraire aux droits fondamentaux (à l'exemple de la peine de mort, ou des travaux forcés) que la CJUE peut le juger non conforme. Pour la Cour de justice, l'exigence de la proportionnalité est un principe communautaire. C'est ainsi qu'il considère qu'un droit national d'un Etat membre n'est pas conforme au droit de l'UE lorsqu'il prévoit des sanctions pénales qui « ne serait pas strictement nécessaire à la protection des intérêts en jeu et serait un obstacle aux libertés établies en matière communautaire »³⁵².

L'exigence des sanctions dissuasives. Le caractère dissuasif est le corollaire d'une sanction pénale proportionnée. Il permet de légitimer la sanction pénale qui corrige l'auteur et satisfait en même temps la société en rétablissant l'équilibre rompu par la commission de l'infraction. Elle se mesure en fonction de l'objectif de la prévention individuelle du délinquant et la prévention collective pour la société, auquel il est admis d'inclure sa socialisation ou resocialisation³⁵³. La

³⁴⁷ Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Op. cit.*

³⁴⁸ Article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, (2000/C 364/01), 18.12.2000, in *JO CE*, C 364/3.

³⁴⁹ Guillaume CHETARD, *La proportionnalité de la répression, étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Strasbourg, LGDJ, Lextenso 2020, p. 11.

³⁵⁰ *Idem*, p. 13.

³⁵¹ La marge nationale d'appréciation dans la transposition des directives de l'Union européenne, doc du juriste, <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-europeen/dissertation/marge-nationale-appreciation-transposition-directives-union-europeenne-465014.html> consulté le 22 juillet 2022.

³⁵² Alessandro BERNARDI, *Op. cit.*, p. 308.

³⁵³ art.15 §2, *Corpus Juris*, cité Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Op. cit.*

CourEDH qui s'est forgée une compétence pénale³⁵⁴ indique d'ailleurs « *qu'une dissuasion effective [...] appelle des dispositions pénales efficaces* »³⁵⁵. La sanction à prévoir doit ainsi être efficace pour être dissuasive, sans être disproportionnée.

Ces critères de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives se heurtent cependant à la marge nationale d'appréciation. Le contrôle de l'UE s'en trouve limité d'autant plus qu'il s'agit d'une harmonisation minimale. La CJUE a cependant jugé que l'évaluation du caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions « *doit être effectuée en tenant compte, conformément à l'article 288, troisième alinéa, TFUE, non seulement de la disposition adoptée spécifiquement, dans le droit national, pour transposer ladite directive, mais également de l'ensemble des dispositions de ce droit, en les interprétant, dans toute la mesure possible, à la lumière du libellé et des objectifs de la même directive, de manière à ce que lesdites sanctions satisfassent aux exigences fixées (...)* » par cette dernière³⁵⁶. Il s'agit d'une évaluation objective, si l'effectivité d'une sanction se mesure par l'existence d'une norme nationale sanctionnant concrètement le comportement visé, l'évaluation du caractère proportionné et dissuasif se mesure en fonction, notamment de l'objectif général poursuivi par la directive PIF, mais il faut y ajouter les aspirations propres à chaque Etats et ses perceptions des valeurs.

La directive n'interdit pas aux Etats membres de prévoir d'autres sanctions que pénales³⁵⁷. Plusieurs types de sanctions (disciplinaires, administratives, civiles ou pénales) peuvent être encourus pour les mêmes faits. Mais la Cour de justice exige que le cumul des sanctions de nature pénale ne soit envisageable que lorsque la réglementation nationale prévoit, de manière claire et précise, dans quelles circonstances un comportement peut faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale³⁵⁸. De sorte que la sévérité de l'ensemble des sanctions n'excède pas la gravité de l'infraction constatée³⁵⁹. C'est ainsi que le considérant 28 de la directive PIF rappelle que « *l'effet dissuasif visé par l'application de sanctions pénales requiert une prudence particulière en ce qui concerne les droits fondamentaux* », notamment la proportionnalité de la peine.

Ces trois critères sont à évaluer en fonction des indicateurs communs fixés par le législateur de l'UE. Mireille DELMAS-MARTY renseigne que l'évaluation de ces critères peut s'effectuer à partir des indicateurs de gravité et d'efficacité afin de rendre plus explicite l'harmonisation. La gravité vue comme instrument de mesure de la proportionnalité commande la « sévérité de la sanction, relève tout à la fois de l'intérêt lésé par l'infraction, des caractères du dommage et de la nature de la faute (mens rea) »³⁶⁰. Et les indicateurs d'efficacité « renvoient à l'idée non seulement que la sanction est *effectivement* appliquée, mais que cette application réussit à changer les comportements. Autrement dit, que la sanction a un *effet dissuasif*, soit négatif (peur de la sanction),

³⁵⁴ Djoheur ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *in RSC*, p. 580-581. <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penalcompare-2011-3-page-575.htm> consulté le 23 juillet 2022.

³⁵⁵ Arrêt, CourEDH, *M.C. c/ Bulgarie*, 4 déc. 2003, § 148-153. V. également *X et Y c/ Pays-Bas*, préc. § 23-24 et 27.

³⁵⁶ Arrêt, CJUE, 10 juin 2021, aff. C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA c/ KM*.

³⁵⁷ Considérant 17 de la directive PIF.

³⁵⁸ Arrêt, CJUE, Gd. Ch. 20 mars 2018, C- 537/16, § 53.

³⁵⁹ Arrêt, CJUE, Gd. Ch. 20 mars 2018, C- 537/16, §56.

³⁶⁰ Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Op. cit.*, p. 4.

soit positif (effet de resocialisation) »³⁶¹. Dès lors, il convient d'évaluer les indicateurs fixés par la directive PIF.

§2. L'imposition d'une sanction pénale

La directive PIF poursuit un objectif général de lutte contre la fraude par le moyen de droit pénal, la sanction pénale demeure sa principale cartouche de combat. C'est ainsi qu'elle impose aux États membres de prévoir des sanctions pénales contre les personnes physiques, mais elle reste muette au sujet de sanctions à adopter à l'égard des personnes morales.

L'obligation d'adopter des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. La directive PIF reconduit une exigence qui se trouvait déjà inscrite dans la convention PIF. L'article 2 de cette dernière imposait aux États membres d'adopter des sanctions pénales contre les personnes physiques auteurs des incriminations qu'elle créait³⁶². La directive PIF exige de la même manière que les États veillent à ce que les incriminations qu'elle organise soient passibles de « *sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives* » à l'égard des personnes physiques³⁶³. Cette obligation explicite imposée aux États membres d'adopter des sanctions de nature pénale n'empêche pas l'adoption d'autres sanctions (administratives, civiles ou disciplinaires), pour autant qu'elles restent proportionnées³⁶⁴. La sanction pénale ne se réduit pas aux seules peines, à celles-ci, il faut ajouter les mesures de sûreté³⁶⁵. Bien qu'il existe des sanctions administratives sous la dénomination peine³⁶⁶, les sanctions pénales sont caractérisées par leurs finalités et fonction rétributive³⁶⁷.

La nécessité d'une sanction de nature pénale est justifiée par l'ampleur des atteintes aux intérêts financiers de l'UE. L'intervention de la sanction pénale est la seule en mesure de satisfaire aux exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion³⁶⁸. Toutefois, cette obligation imposée aux États membres reste relative. En effet, la directive PIF n'impose pas une sanction

³⁶¹ Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Op. cit.*, p. 5.

³⁶² Article 2 de la Convention PIF.

³⁶³ Article 7 §1 de la directive PIF

³⁶⁴ Considérant 17 de la directive PIF : « *La présente directive n'affecte pas l'application adéquate et efficace de mesures disciplinaires ou de sanctions autres que pénales. Les sanctions qui ne peuvent être assimilées à des sanctions pénales, qui ont été infligées à la même personne pour le même comportement, peuvent être prises en considération lors de la condamnation de cette personne pour une infraction pénale définie par la présente directive. Pour les autres sanctions, le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (ci-après dénommé « principe ne bis in idem ») devrait être pleinement respecté. La présente directive n'incrimine pas les comportements qui ne sont pas également soumis à des sanctions disciplinaires ou à d'autres mesures concernant une violation des devoirs officiels, lorsque ces sanctions disciplinaires ou autres mesures peuvent être appliquées aux personnes en cause* ».

³⁶⁵ Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 453-454.

³⁶⁶ Delphine GARCIN, *Op. cit.*, p. 91.

³⁶⁷ *Idem*, p. 80 ; lire également Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992, 128.

³⁶⁸ Proposition de directive PIF de 2012, commentaire article 8, p. 11 : « 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 » ; Delphine GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, CERIC, Paris, 2004, p. 79.

pénale si le comportement n'entraîne qu'un préjudice inférieur à 10 000 euros³⁶⁹. Dès lors, doit constituer l'infraction, au sens de cette directive, uniquement les comportements entraînant un préjudice supérieur ou égal à 10 000 euros. Mais, peut constituer l'infraction, le comportement entraînant un préjudice inférieur à 10 000 euros.

La difficulté, c'est que la détermination du préjudice s'évalue durant l'exercice des poursuites, l'exclusion dans la catégorie d'infraction des atteintes n'entraînant pas un préjudice supérieur ou égal à 10 000 euros serait, il nous semble, complexe à mettre en pratique. Un préjudice pouvant être sous-évalué ou surévalué avant l'enquête pénale. Cette évaluation chiffrée du préjudice confirme cependant son caractère matériel et financier.

Et la personne morale ? La directive PIF, contrairement à la convention PIF³⁷⁰, vise expressément la responsabilité des personnes morales³⁷¹. Les articles 6 et 9 de ce texte sont consacrés à la responsabilité et sanctions applicables à l'encontre des personnes morales. Selon les dispositions du §1 de l'article 9, « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir 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 peuvent inclure d'autres sanctions (...)* ». Elle impose d'une part, que la personne morale puisse encourir une responsabilité pour les infractions résultant de cette directive. Il appartient aux Etats membres de déterminer la nature de la sanction selon leurs systèmes respectifs. Quelle que soit sa nature, la sanction doit cependant satisfaire aux caractéristiques prédéfinies, c'est-à-dire être effective, proportionnée et dissuasive. D'autre part, la directive donne une indication des sanctions qui doivent ou peuvent être envisagées contre les personnes morales. L'amende reste obligatoire mais il appartient à chaque Etat membre de déterminer sa nature³⁷². Les Etats ont le choix de les sanctionner par des amendes pénales (comme en France³⁷³) ou des amendes non pénales (comme en Allemagne³⁷⁴).

L'incitation, la complicité et la tentative. Selon l'article 5 de la directive PIF, « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le fait d'inciter à commettre l'une quelconque des infractions pénales visées aux articles 3 et 4 et de s'en rendre complice soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale* » le paragraphe 2 poursuit en ce sens que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la tentative de commettre l'une quelconque des infractions pénales visées à l'article 3 ou à l'article 4, paragraphe 3, soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale* ». Ainsi, les Etats membres sont tenus d'incriminer l'incitation, la complicité ou la tentative de la fraude ou du détournement au préjudice de l'UE.

³⁶⁹ Article 7 § 4 de la directive PIF.

³⁷⁰ La convention PIF ne traitait pas la question de la responsabilité des personnes morales, c'est le deuxième protocole de cette convention du 19 juin 1997, qui a fini par intégrer la question de la responsabilité de personnes morales en exigeant aux Etats membres de les tenir pour responsables et d'organiser à leur égard des sanctions effectives, proportionnée et dissuasive lorsque les infractions au préjudice de la communauté leurs sont imputables (article 3 et 4 dudit protocole).

³⁷¹ Article 2 de la directive PIF : il faut entendre par : « *personne morale* », *toute entité dotée de la personnalité juridique en vertu du droit applicable, exception faite des États ou des entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques* ».

³⁷² Article 9 alinéa 1^{er} de la directive PIF.

³⁷³ Articles 121-2, 131-37 à 131-49 du CPF.

³⁷⁴ Delphine GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, *Op. cit.*, p. 98-99. En droit Allemand, les personnes morales peuvent commettre des infractions administratives et ainsi subir des amendes administratives ou non pénales.

Section 2. La particulière exigence d'une peine d'emprisonnement

L'emprisonnement est une peine privative de liberté³⁷⁵. Les critiques ont été formulées sur l'orientation du droit pénal matériel de l'UE qui recourt à « prédominance » aux peines privatives de liberté. Exploitées comme une carte magique, selon ces auteurs, tout est raisonné en droit pénal de l'UE à partir des peines privatives de liberté³⁷⁶. Toutefois, il n'est pas question ici de formuler des critiques, mais de présenter les exigences de la directive PIF relative à cette peine d'emprisonnement.

Le §2 de l'article 7 de la directive PIF dispose que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées aux articles 3 et 4 soient passibles d'une peine maximale qui prévoit l'emprisonnement* ». Ainsi, les détournements constituant la fraude de l'article 3 ou une infraction spéciale au sens de l'article 4 de la directive PIF doivent être assorties de peines maximales qui prévoient l'emprisonnement. De cette exigence, deux observations doivent être faites.

D'abord, le législateur interne doit nécessairement prévoir la possibilité d'encourir la peine dont le maximum encouru prévoit l'emprisonnement. Mais la directive n'empêche pas un Etat membre de prévoir d'autres peines. De même, le législateur de l'Union ne limite pas l'intervention du législateur interne. Il est libre de prévoir une peine d'emprisonnement sans une autre peine. Il peut tout aussi organiser la peine d'emprisonnement à cumuler obligatoirement avec une peine d'amende ou d'autres peines. Ou encore prévoir la peine d'emprisonnement et/ou une amende ou d'autres sanctions pénales. Ce qui est interdit, c'est de ne pas avoir la possibilité d'encourir la peine maximale qui prévoit l'emprisonnement. Il reviendra au juge d'apprécier, dans des situations concrètes, la proportionnalité de la peine effective à prononcer au regard de la gravité des faits et de la situation personnelle du délinquant, mais avec cette possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement.

Ensuite, peu importe leur gravité, dès lors qu'une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, toutes les peines qui seraient adoptées pour la mise en œuvre des incriminations de la directive PIF ne seraient pas conformes. En matière de fraude, les sanctions étant plus pécuniaires, cette exigence de peine d'emprisonnement permet de faire la différence entre la sanction pénale avec les autres types de sanctions. Le domaine administratif excluant les sanctions privatives ou restrictives de liberté³⁷⁷.

³⁷⁵ Gérard CORNU, *Op. cit.*, « Emprisonnement ».

³⁷⁶ Daniel FLORE, « Droit pénal matériel et Union européenne », *Op. cit.*, p. 73.

³⁷⁷ Delphine GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, *Op. cit.*, p. 94-95.

Chapitre 2 : Les circonstances aggravantes du détournement en droit de l'UE

La directive PIF impose aux États membres de sanctionner à partir d'un seuil fixé le détournement lorsqu'il entraîne un préjudice considérable (section 1). Mais elle exige également de considérer comme circonstance aggravante la commission du détournement dans le cadre d'une organisation criminelle (Section 2).

Section 1 : L'aggravation en raison du préjudice ou avantage considérable

La directive PIF n'affirme pas expressément que le préjudice considérable constitue une circonstance aggravante. Cela résulte de l'interprétation selon laquelle le préjudice considérable est une prise en compte particulière, au niveau du droit de l'UE, de la conséquence de l'acte de l'agent (§1). Mais aussi du fait que le législateur de l'UE invite particulièrement les États membres, dans un tel cas, à prendre des sanctions pénales à partir d'un seuil qu'il détermine (§2).

§1. Une prise en compte des conséquences de l'acte de l'agent

Selon le §3 de l'article 7 de la directive PIF, « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées aux articles 3 et 4 soient passibles d'une peine maximale d'au moins (...) lorsqu'elles entraînent un préjudice ou un avantage considérable* ». Selon cette directive « *le préjudice ou l'avantage résultant des infractions pénales visées à l'article 3, paragraphe 2, points a), b) et c), et à l'article 4 est réputé considérable lorsqu'il se monte à plus de 100 000 EUR* »³⁷⁸. Le préjudice considérable est particulièrement en lien avec les intérêts financiers de l'Union, c'est-à-dire évaluer en argent. Contrairement à la Convention PIF qui faisait plutôt référence au terme fraude grave³⁷⁹, la directive PIF est plus précise en ce sens qu'elle détermine le seuil à partir duquel la gravité doit être évaluée. La conséquence est grave ou plutôt considérable, dès lors qu'elle est évaluée à plus de 100 000 euros.

Le fait pour le législateur de l'UE de prendre en compte la conséquence qu'entraîne l'acte de l'agent, notamment en cas de détournement, n'empêche pas pour autant les États membres à prévoir d'autres circonstances pouvant faire varier la sanction pénale³⁸⁰. Il importe de le rappeler, la directive organise des règles minimales, les États membres peuvent toujours prévoir des sanctions plus strictes ou plus protectrices des intérêts financiers de l'UE. Mais si le législateur de l'UE détermine spécifiquement à quelle hauteur le préjudice est réputé considérable, c'est parce qu'il y attache des conséquences pénales particulières que les États membres doivent observer au moment de la transposition.

§2. L'imposition d'un seuil minimal des peines maximales

Principe. Si de manière générale la directive PIF impose aux États membres de faire en sorte que les incriminations qu'elle organise soient passibles de peine maximale qui prévoit l'emprisonnement, l'article 7§3 alinéa 1^{er} impose en particulier que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées aux articles 3 et 4 (fraude et le détournement notamment) soient passibles d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement lorsqu'elles entraînent un préjudice ou un avantage considérable* ». Le

³⁷⁸ Article 7 § 3 alinéa 2 de la directive PIF.

³⁷⁹ Article 2 de la convention PIF : « (...) doit être considérée comme fraude grave toute fraude portant sur un montant minimal à fixer dans chaque État membre. Ce montant minimal ne peut pas être fixé à plus de 50 000 écus ».

³⁸⁰ Article 7 § 3 alinéa 4 de la directive PIF.

législateur de l'UE fixe ici un seuil spécifique pour les atteintes entraînant un préjudice considérable à l'UE.

L'article 2 de la convention PIF se limitait à exiger aux Etats membres de veiller à ce que la fraude entraînant de conséquences graves aux intérêts financiers de l'UE soit passible de peine devant faciliter l'extradition au regard du caractère transfrontalier de cette criminalité³⁸¹. La Commission dans sa proposition prenait également en compte ce besoin particulier de faciliter le MAE³⁸² et proposait la peine minimale de 6 mois et maximale de cinq ans pour différentes incriminations entraînant, selon le cas, soit un préjudice d'au moins 100 000 euros, soit encore un préjudice d'au moins 30 000 euros³⁸³. Sa proposition ne faisait cependant pas référence aux termes « préjudice considérable ». La formule adoptée par la directive PIF fait cependant preuve de compromis. Comme l'indique Mireille DELMAS-MARTY, la « logique floue permet de ménager des différences tout en permettant de limiter progressivement les incompatibilités »³⁸⁴. En effet, le législateur de l'UE n'a ni adopté un seuil minimal, ni un seuil maximal comme proposait la Commission, mais a adopté une autre formule, celle de « peine maximale d'au moins... »³⁸⁵. Ainsi, l'article 7§3 de la directive PIF exige aux Etats membres la peine maximale d'au moins 4 ans en cas de préjudice considérable.

Incidence. Le fait pour la directive PIF d'imposer aux Etats membres un régime de peine d'emprisonnement maximale d'au moins 4 ans pour les infractions résultant des article 3 et 4 de la directive PIF justifie, selon nous, qu'il s'agit d'une circonstance aggravante. En effet, la directive ne fait « *a priori* » qu'une obligation générale aux Etats membres de punir par les peines qui prévoit au maximum l'emprisonnement les incriminations qu'elle organise. Cette distinction d'obligation par le législateur de l'UE renvoie à deux régimes distincts. La sanction doit prévoir obligatoire la possibilité d'encourir la peine maximale d'emprisonnement lorsque que le comportement de l'agent constitue une infraction simple, c'est à dire n'entraînant qu'un préjudice inférieur ou égal à 100 000 euros. Elle doit cependant, non seulement prévoir la possibilité d'encourir une peine d'emprisonnement, mais également cette peine d'emprisonnement doit être d'un maximum d'au

³⁸¹ Article 2 de la convention PIF : « 1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés à l'article 1er, ainsi que la complicité, l'instigation ou la tentative relatives aux comportements visés à l'article 1er paragraphe 1, sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas de fraude grave, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition, étant entendu que doit être considérée comme fraude grave toute fraude portant sur un montant minimal à fixer dans chaque État membre. Ce montant minimal ne peut pas être fixé à plus de 50 000 écus.

2. Toutefois, un État membre peut prévoir, pour les cas de fraude mineure portant sur un montant total inférieur à 4 000 écus et ne présentant pas de circonstances particulières de gravité selon sa législation, des sanctions d'une autre nature que celles prévues au paragraphe 1.

3. Le Conseil de l'Union européenne, statuant à l'unanimité, peut modifier le montant visé au paragraphe 2.

³⁸² L'article 2 de la décision cadre 2002/584/JAI relative au MAE exige que l'infraction soit passible : « 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 » pour satisfaire à une demande de remise d'une personne et supprimer la double incrimination pour une liste d'infraction déterminée par le §2 dès lors que l'Etat d'émission punit cette infraction d'un maximum d'au moins trois an.

³⁸³ Proposition de directive PIF de 2012, article 8, p. 21.

³⁸⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, Université de Paris I/CNRS UMR 8103, p. 2.

³⁸⁵ Certains Etats, comme la France, n'organisent que de manière dérogatoire les peines minimales, c'est la peine maximale qui est fixée et au juge d'apprécier à la situation concrète la peine effective à prononcer. Le droit de l'UE recourt donc à la formule du maximum d'au moins X de peine.

moins quatre ans lorsque le comportement de l'agent entraîne un préjudice considérable, c'est-à-dire supérieur à 100 000 euros ³⁸⁶.

De plus, le législateur de l'UE exige des sanctions pénales dès lors que le comportement entraîne un préjudice d'au moins 10 000 euros. Il nous semble que la différence est fonction de la gravité. Lorsqu'une législation organise une peine d'emprisonnement (même supérieure à 4 ans) pour l'infraction simple, elle doit prévoir un régime encore plus contraignant en cas de préjudice considérable. Cela permet de distinguer le détournement sans préjudice considérable, du détournement entraînant un préjudice considérable à l'UE. L'importance de la sanction ne suffit pas, mais la différence marquée par le régime de la sanction entre ces deux types d'infractions reste fondamentale. Cette prise en compte de la conséquence de l'acte pour exiger un seuil déterminé au-delà de l'exigence générale de peine maximale prévoyant l'emprisonnement renvoie à considérer, sous réserve de confirmation jurisprudentielle, qu'il s'agit d'une circonstance aggravante.

L'instauration de ce seuil permet également de garantir la cohérence des sanctions infligées dans les États membres de l'UE pour un type d'agissements donné, de sorte que les intérêts financiers de l'Union aient une protection effective et équivalente dans toute l'UE ³⁸⁷. Mais, le fait de prévoir un seuil minimal de peines maximales compromet cet objectif. Il est regrettable que la proposition de la Commission qui visait à la fois les peines minimales et maximales n'ait pas été adoptée. Le contrôle de proportionnalité est renvoyé aux États membres, dont les législations font preuve de disparités des réponses pénales. Le droit pénal qui ne vise qu'à punir ce qui est strictement nécessaire se trouve affecté par le législateur de l'UE qui se contente du strict minimum et que le maximum ne l'intéresse que de façon marginale. Le seul remède reste le contrôle de proportionnalité, qui lui aussi est limité par la marge nationale d'appréciation ³⁸⁸.

Si le préjudice considérable est ici rangé, par nous, dans la catégorie de circonstances aggravantes, le législateur de l'UE exige expressément que la commission des incriminations de la directive PIF dans le cadre d'une organisation criminelle puisse être considérée comme « circonstance aggravante » dans les ordres juridiques internes des États membres. Il convient de le déterminer.

Section 2 : L'aggravation en cas d'organisation criminelle

L'article 8 de la directive PIF est spécifiquement consacré à la circonstance aggravante d'organisation criminelle (§1). Cette circonstance, qui s'applique notamment en matière de détournement, n'est pas accompagnée d'un seuil de peine fixé au niveau de l'UE, ce qui laisse aux États membres la liberté de l'organiser (§2).

§1. Le détournement dans le cadre d'une organisation criminelle

Au terme de l'article 8 de la directive PIF, les « États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que soit considéré comme circonstance aggravante le fait qu'une infraction pénale visée aux articles 3, 4 ou 5 soit commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI ». Cette décision cadre dispose que par

³⁸⁶ Jean-Luc ALBERT, *Op. cit.*, pp.44-46. hal-03201894, en particulier p. 45-46.

³⁸⁷ Proposition de directive PIF de 2012, p. 11.

³⁸⁸ Alors que le principe de proportionnalité devrait être prépondérant car la voie pénale devrait rester l'*ultima ratio* des sanctions pénales. En ce sens lire Mireille DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Op. cit.*, p. 6.

organisation criminelle il faut entendre « *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 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* »³⁸⁹. Elle fait obligation aux Etats membres d'incriminer, en tant qu'infraction autonome, la participation à une organisation criminelle³⁹⁰. Il doit s'agir d'une organisation structurée. Le fait qu'il s'agisse d'une association structurée renvoi au fait qu'elle « *ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée* »³⁹¹. Elle doit être constituée pour une durée plus ou moins longue, et non une rencontre spontanée. Elle diffère du groupement des coauteurs ou complices et renvoie à considérer que les actes de cette association sont bien élaborés et réfléchis en avance, c'est-à-dire prémédités. Elle doit également viser les infractions passibles d'une sanction selon le seuil déterminé et poursuivant un but ou avantage matériel, ce qui la distingue d'autres organisations à mobile religieux ou politique.

Selon le rapport du parquet européen, de ses 515 enquêtes menées en 2021, 27,5 % avaient une dimension transfrontière (actes commis sur le territoire de plusieurs pays ou ayant causé un préjudice à plusieurs pays)³⁹², pour lequel la grande partie d'actes se réalisent dans le cadre d'organisations criminelles. Ainsi, le détournement est réputé avoir été commis dans le cadre d'une organisation criminelle lorsque plusieurs citoyens italiens cible le financement apporté par le FEAGA aux agriculteurs roumains afin de contribuer à soutenir la production de tomates au cours de la saison de végétation 2017 en constituant cinq sociétés fictives, toutes établies à la même adresse en Roumanie et disposant de leurs propres comptes bancaires ouverts auprès de la même banque, dans le seul but de recevoir des subventions de l'UE, sans aucune intention de cultiver la moindre tomate³⁹³.

§2. La liberté des Etats membres dans la détermination de la peine aggravée

Contrairement à l'exigence imposée en cas de préjudice considérable, la directive PIF ne fixe pas aux Etats membres un seuil de peine à infliger en cas d'infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle. Il revient à chaque Etat membre d'organiser, selon ses vœux, la réaction pénale qu'il trouve adaptée à la lutte contre les organisations criminelles formées dans le but de porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE.

Le défaut d'un seuil (minimal et maximal). Alors que la Commission européenne dans sa proposition souhaitait une peine de 10 ans d'emprisonnement, notamment lorsque la fraude au préjudice de l'UE est commise dans le cadre d'une organisation criminelle,³⁹⁴ elle ne sera malheureusement pas suivie. En absence d'un accord, le législateur de l'UE a fini par laisser libre champ aux Etats membres. La directive PIF ne comporte donc aucune exigence particulière en

³⁸⁹ Article premier § 1 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.

³⁹⁰ Article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI.

³⁹¹ Article premier § 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI.

³⁹² Rapport annuel du Parquet européen 2021, p. 10.

³⁹³ Rapport de l'OLAF, 2020, p. 18.

³⁹⁴ Article 8 de la proposition de la directive PIF de 2012 : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées au titre II soient passibles d'une peine maximale d'au moins dix années d'emprisonnement lorsqu'elles ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle...* ».

matière de peines pour les détournements commis dans le cadre d'organisations criminelles. La seule exigence est de faire en sorte que les infractions issues de la transposition de la directive PIF puissent être assortie de la circonstance aggravante d'organisation criminelle. L'absence d'une coordination des réponses pénales vis-à-vis des organisations criminelles laisse place à la disparité des réactions pénales au sein des Etats membres. Toutefois, ce défaut de seuil se trouve encadré par des limites.

Une liberté surveillée. En absence d'une obligation particulière par la directive PIF, chaque Etat membre est libre d'appliquer le régime qu'il souhaite infliger en cas de circonstance aggravante d'organisation criminelle. Cette liberté se trouve cependant limitée à deux niveaux. D'une part, les Etats membres doivent faire en sorte que les infractions transposant les incriminations de la directive PIF soient assorties d'une circonstance aggravante lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'une organisation criminelle. La peine à prévoir en raison de cette circonstance doit être aggravée, c'est-à-dire plus forte que la peine prévue pour l'infraction commise sans circonstances aggravantes.

D'autre part, la qualification d'organisation criminelle au sens du droit de l'UE n'est possible que pour les associations visant les « *infractions punissables d'une peine 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* »³⁹⁵. La fraude et le détournement intégrés parmi les incriminations pouvant entraîner la circonstance aggravante d'organisation criminelle doivent cependant être puni d'un maximum d'au moins 4 ans. Dès lors, la peine aggravée à prévoir devrait ainsi être supérieure à 4 ans d'emprisonnement ou de mesure de sûreté privative de liberté. Toutefois, lorsqu'il est organisé plusieurs types de peines, le législateur national est libre de n'aggraver que certaines d'entre elles.

####

Enfin, la protection des intérêts financiers de l'Union n'aura qu'une l'harmonisation de peines assez limitée. Les indicateurs de la directive PIF sont faibles au point que les incriminations qu'elle porte n'ont pas des peines européennes³⁹⁶, alors qu'en droit de l'UE, il existe déjà des domaines, (tel que la criminalité organisée³⁹⁷) pour lesquels les incriminations sont assorties des peines ayant une harmonisation plus poussée.

Toutefois, il faut nécessairement que ces incriminations soient reprises dans l'ordre juridique interne et les peines organisées par le droit national pour trouver application dans des situations concrètes. La souplesse de cette harmonisation en matière de peines a cependant favorisé plus d'inclusivité. C'est sans nul doute ce qui a permis une adaptation française de peines. En effet, le législateur français n'a pas eu du mal à modifier son arsenal de peines pour se conformer aux exigences de la directive PIF, et ce malgré la résistance marquée en matière d'incrimination. Il convient d'évaluer cette adaptation à partir de l'exemple de détournement.

³⁹⁵ Article premier § 1 de la décision-cadre 2008/841/JAI.

³⁹⁶ Michel MASSE, *Op. cit.*, p. 945.

³⁹⁷ Article 3 de la décision-cadre 2008/841/JAI.

Titre II : L'adaptation du droit français de peines en matière de détournement

La détermination de la sanction pénale est traditionnellement considérée comme composante du noyau dur de la politique criminelle étatique³⁹⁸. Mais les valeurs communes partagées par les États membres imposent un contrôle et une réévaluation de la peine pour créer un équilibre et surtout pour éviter, grâce à la libre circulation des personnes, de créer des pays refuges ou paradis pénaux³⁹⁹. C'est ainsi que la directive PIF fixe des règles minimales que les États membres doivent transposer dans leurs législations nationales.

Le législateur français ayant soumis les incriminations de détournements des fonds et avoirs au préjudice de l'UE portées par la directive PIF à ses infractions de droit commun, leur répression en droit français nécessitait néanmoins des ajustements de leurs régimes de peines (Chapitre 1). Il a fallu également revoir les circonstances aggravantes, mais la manœuvre française semble exprimer à la fois une limitation de l'aggravation à la bande organisée et en même temps son élargissement à toute bande organisée qu'il conviendra d'évaluer (Chapitre II).

Chapitre 1 : Les nécessaires ajustements de peines en matière de détournement

La France qui punissait déjà certaines infractions de détournement plus ou moins lourdement n'a modifié son régime de peines que partiellement (Section 1). Cette réforme a également conduit à l'incrimination de la tentative dont la mise en œuvre impacte significativement la répression en droit français (Section 2).

Section 1 : La réforme modérée de peines en matière de détournement

La France est plutôt réputée être un État plus répressif et semble plus exigeant dans la répression de la fraude⁴⁰⁰. Le gouvernement français avait adopté la voie d'aggravations spéciales des infractions de détournement lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts financiers de l'UE (§1), alors même que la logique française est celle d'assimilation de la protection des intérêts financiers de l'UE aux mêmes règles que celle de protection des intérêts nationaux. C'est ainsi que le législateur est venu ensuite renvoyer la répression de ses incriminations de la directive PIF aux mêmes régimes de peines que ceux organisés pour les infractions internes (§2).

§1. D'une aggravation spéciale du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE

L'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019. Transposant la directive PIF, cette ordonnance vient aggraver la sanction des infractions du code pénal applicables au détournement des fonds et avoirs au préjudice de l'UE. Le gouvernement considérait qu'il convenait pour la France d'aggraver ces infractions dès lors que l'acte de l'auteur porte atteinte « *aux recettes perçues, aux dépenses exposées ou aux avoirs qui relèvent du budget de l'Union européenne, des budgets de institutions, organes ou organismes de l'Union européenne ou des budgets gérés et contrôlés directement par eux* »⁴⁰¹.

Ainsi l'abus de confiance qui était passible de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende sera porté à cinq ans lorsqu'il est commis au préjudice de l'UE. Les peines sont portées à

³⁹⁸ Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *Op. cit.*

³⁹⁹ Alessandro BERNARDI, *Op. cit.*, p. 291.

⁴⁰⁰ Jean-Luc ALBERT, *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁰¹ Article 2 de l'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019.

sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende lorsqu'il est commis en bande organisée⁴⁰².

Le détournement de biens contenus dans un dépôt public punis de 7 ans et de 100 000 euros d'amende, aura une peine d'amende relevé à 750 000 euros, lorsque cette infraction est commise au préjudice de l'UE et en bande organisée⁴⁰³.

Le détournement de l'article 432-15 du CPF qui est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction, verra sa peine d'amende porté à 2 000 000 euros ou, s'il excède ce montant, au double du produit de l'infraction, lorsqu'il est commis au préjudice de l'UE et en bande organisée⁴⁰⁴.

En matière de détournement des articles 432-15 et 433-4 du CPF, il fallait d'une part établir que la victime se trouve être l'UE et que l'infraction a été commise en bande organisée pour appliquer la peine aggravée. Le droit français qui punissait déjà sévèrement ces détournements n'a pas souhaité alourdir la peine d'emprisonnement. Le détournement commis par les personnes exerçant une fonction publique étant passible de 10 ans d'emprisonnement, il n'était pas nécessaire de le criminaliser. C'est ainsi que le législateur se contente de faire varier la peine d'amende. Toutefois, elle requiert la réunion de deux conditions cumulatives : une atteinte au préjudice de l'UE et sa réalisation en bande organisée.

Le détournement en raison de la négligence de l'agent public étant une infraction involontaire et n'ayant pas d'équivalent dans la directive PIF demeure passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁴⁰⁵.

L'incidence d'un régime spécial inséré par l'ordonnance n°2019-963. Ce régime de sanction aggravée avait la particularité de ne s'appliquer qu'à l'égard des atteintes aux recettes perçues, aux dépenses exposées ou aux avoirs qui relèvent du budget de l'Union européenne, des budgets des institutions, organes et organismes de l'Union européenne ou des budgets gérés et contrôlés directement par eux et/ou qu'elles aient été commises en bande organisée. Le juge ou l'autorité judiciaire est donc tenu(e) de s'assurer que la victime de l'infraction soit l'UE pour faire appliquer ce régime de peines. Ces peines ne sont cependant applicables qu'aux faits commis à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2019-963, soit à compter du 19 septembre 2019⁴⁰⁶. Les réformes de cette ordonnance n'auront cependant qu'un champ d'application temporelle très court. En effet, la loi de ratification est venue modifier le régime spécial que consacrait cette ordonnance en renvoyant la protection des intérêts financiers de l'UE au régime français de droit commun.

§2. (...) à un renvoi aux peines de droit commun

⁴⁰² Article 314-1-1 du CPF, version en vigueur du 19 septembre au 26 décembre 2020.

⁴⁰³ Article 433-4 du CPF, version en vigueur du 19 septembre au 26 décembre 2020.

⁴⁰⁴ Article 432-15 du CPF, version en vigueur du 19 septembre au 26 décembre 2020.

⁴⁰⁵ Article 432-16 du CPF.

⁴⁰⁶ Date de sa publication au journal officiel conformément à l'article 38 alinéa 2 de la Constitution française.

La loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a ratifié l'ordonnance de 2019⁴⁰⁷ et y apporte quelques modifications sur le régime de peines. Le législateur semble n'avoir pas été satisfait de l'orientation du gouvernement sur l'aggravation spéciale lorsque l'infraction porte atteinte à l'UE. C'est ainsi qu'il opère deux changements majeurs auxquels nous nous limiterons à déterminer.

La suppression de l'aggravation à raison du préjudice à l'UE. Cette loi de 2020 vient biffer toutes les indications que faisait l'ordonnance de 2019 aggravant les peines des infractions de détournements lorsque la victime se trouve être l'UE. Cette biffure enlève ainsi du droit français toute référence à la directive PIF, ou plutôt toute référence aux intérêts financiers de l'Union visée par la directive PIF. Cela ne signifie cependant pas que les incriminations de la directive PIF n'ont plus de référence en droit interne. L'assimilation aux mêmes règles de protection des intérêts français fait que ce sont les infractions et sanctions de droit commun, en particulier porté par le code pénal français qui s'appliquent, et ce, dans les mêmes conditions que pour la protection des intérêts nationaux (les peines principales et complémentaires, la complicité...). La France semble privilégier, pour la mise en œuvre de la protection des intérêts financiers de l'Union, l'article 325 §2 TFUE qui renvoie à l'assimilation, alors que c'est l'article 83§2 du même texte qui constitue le fondement de l'harmonisation de la directive PIF. Il peut dès lors se poser la question de l'incidence de ce mariage entre harmonisation et assimilation quant à leurs effets. Il nous semble qu'en cas d'assimilation, le droit interne se doit de respecter les exigences d'harmonisation pour être conforme au droit de l'UE. C'est ainsi que le législateur français a préféré relever la peine d'abus de confiance pour respecter le standard minimum fixé en droit de l'UE.

Le relèvement de la peine de l'abus de confiance. L'abus de confiance qui, depuis plus de 20 ans, était passible de 3 ans d'emprisonnement⁴⁰⁸ est désormais ramené à cinq ans d'emprisonnement à partir de la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020. La peine d'amende reste cependant inchangée à hauteur de 375 000 euros. L'aggravation en raison du préjudice à l'Union est supprimée, et la circonstance aggravante de bande organisée (*cf. infra chapitre 2*) n'est plus conditionnée au cumul avec une atteinte aux intérêts financiers de l'UE pour être appliquée.

Certains auteurs ont formulé leurs inquiétudes sur ce relèvement de la peine. Plus sévère, il va au-delà même des exigences de la directive PIF qui n'exige que la peine d'emprisonnement encourue et une peine maximale d'au moins 4 ans d'emprisonnement en cas de préjudice considérable⁴⁰⁹. Ce relèvement de la peine fût cependant nécessaire pour satisfaire à l'exigence de peine encourue pour les infractions visées dans le cadre d'organisation criminelle (qui doivent être puni d'un maximum d'au moins 4 ans d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté privative de liberté ou d'une peine plus grave selon la décision cadre 2008/841/JAI⁴¹⁰). L'abus de confiance étant désormais une infraction aggravée en cas de sa réalisation dans le cadre d'une bande organisée (une des formes d'organisations criminelles), ce relèvement de la peine se trouve ainsi justifié. Toutefois, Le législateur français aurait pu relever la peine au maximum de quatre ans d'emprisonnement, pour satisfaire à l'exigence minimale de la directive. Mais, en absence d'une échelle de peine de 4 ans d'emprisonnement en droit français, le législateur a préféré prendre

⁴⁰⁷ Article 30 de la n° 2020-1672 du 24 décembre 2020.

⁴⁰⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du code pénal français en 1994, l'abus de confiance était puni de 3 ans d'emprisonnement.

⁴⁰⁹ Jean-Luc ALBERT, *Op. cit.*, p. 46.

⁴¹⁰ Article premier § 1 de la décision-cadre 2008/841/JAI.

l'échelle de peine d'emprisonnement immédiatement supérieure, c'est-à-dire de 5 ans au plus⁴¹¹. Ce relèvement respecte à la fois le droit de l'UE et l'ordre juridique français.

Au-delà de ce relèvement, il s'observe une dilution de l'exigence du préjudice considérable dans les peines principales organisées.

La dilution de l'exigence du préjudice considérable. La directive PIF impose aux États membres, lorsque le détournement entraîne un préjudice considérable, de punir l'auteur d'une peine maximale d'au moins 4 ans d'emprisonnement. Or, toutes les infractions de détournement sont désormais passibles de maximum d'au moins 5 ans d'emprisonnement en droit français. Les peines principales françaises absorbent cette exigence de préjudice considérable. Ce qui fait qu'aucune infraction, entraînant ou pas un préjudice considérable, n'est passible d'un maximum de peine inférieur à 4 ans d'emprisonnement en France.

En droit français le préjudice considérable ne constitue donc pas une circonstance aggravante. Bien que le droit de l'UE laisse aux États membres l'obligation quant au moyen, pour autant qu'il permette d'atteindre le résultat visé et donne plein effet aux obligations de la directive PIF. Le fait de ne pas organiser de peine aggravée en cas de préjudice considérable nous semble énerver la directive PIF. Il revient toutefois à la Cour de justice de déterminer si les États membres sont tenus ou non, lorsqu'ils organisent une peine maximale supérieure à 4 ans d'emprisonnement, de prévoir une sanction différente et plus forte en cas de préjudice considérable aux intérêts financiers de l'UE.

Ce renvoi aux peines de droit commun et le relèvement de peine de l'abus de confiance ne s'appliquent cependant qu'aux faits commis à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2020, c'est-à-dire pour des faits commis à partir du 27 décembre 2020.

Au-delà de ce renvoi au droit commun, le législateur français a opéré une réforme particulière en matière de tentative de détournement qu'il convient d'analyser.

Section 2 : Les particularités de la réforme de la tentative de détournement

Pour donner plein effet aux exigences de l'article 5 de la directive PIF, le droit français punit l'incitation et la complicité, qui constituent les formes de participation criminelle, soumis au régime général⁴¹². Mais, le législateur apporte également une réforme à la répression de certaines tentatives afin de se conformer aux exigences de la directive PIF. Nous ne traiterons ici spécialement que la tentative qui est spécifique au détournement.

La tentative de détournement commis par les personnes exerçant une fonction publique était déjà punissable avant la directive PIF (la réforme du CPF entrée en vigueur le 1er mars 1994 le prévoyait déjà « l'article 432-15 du CPF »). Il en est de même du détournement de biens contenus dans un dépôt public (article 433-4 du CPF). L'application du droit français, par assimilation, à la protection visée par la directive PIF satisfait aux exigences de cette dernière. La tentative d'abus de

⁴¹¹ Article 131-4 du CPF : « L'échelle des peines d'emprisonnement est la suivante : 1° Dix ans au plus ; 2° Sept ans au plus ; 3° Cinq ans au plus ; 4° Trois ans au plus ; 5° Deux ans au plus ; 6° Un an au plus ; 7° Six mois au plus ; 8° Deux mois au plus ».

⁴¹² Bernard BOULOC, *Op. cit.*, p. 322- 343, en particulier, p. 322-323, 330-331. Article 121-7 du CPF, le provocateur, auteur moral, est puni comme complice.

confiance n'était cependant pas punissable⁴¹³. Une réforme était donc nécessaire pour l'adapter aux exigences de la directive PIF, c'est ainsi que l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 insère l'incrimination de la tentative d'abus de confiance (§1). Cette réforme entraîne cependant des incidences particulières sur la jurisprudence française en matière de ce délit (§2).

§1. La novation de la répression de la tentative d'abus de confiance

D'une incrimination nouvelle et spéciale. Cette incrimination est *nouvelle*. En effet, au sens de l'article 121-5 du CPF « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ». Or, depuis la loi de 1810, la tentative d'abus de confiance n'était pas punissable. Le débat pour son incrimination à l'Assemblée nationale s'est conclu que sa tentative n'était pas envisageable⁴¹⁴. L'auteur ayant la chose entre ses mains, il peut le faire disparaître facilement et donc il est difficile que son action puisse être interrompue. Toutefois, comme le fait remarquer Michèle-Laure RASSAT, cette affirmation serait inexacte, car, bien que rare et plus théorique, celui qui détient peut être interrompu dans son action de détournement⁴¹⁵. La Cour de cassation jugeant que l'abus de confiance est constitué dès lors qu'un locataire d'un appartement meublé est surpris en train de déménager les meubles dudit appartement⁴¹⁶, n'a pas moins réprimé que la tentative de ce délit⁴¹⁷. C'est finalement le gouvernement qui fera le premier pas en 2019, en réprimant la tentative d'abus de confiance commis au préjudice de l'UE de même peine que celle de l'abus de confiance commis au préjudice de l'UE⁴¹⁸.

La tentative d'abus de confiance est ensuite *spéciale*. Elle est spéciale pour deux raisons, d'une part, parce que la tentative d'un délit, au sens de l'article 121-4 du CPF, n'est punissable que lorsque la loi le prévoit. L'abus de confiance constitue un délit et l'article 314-1-1 du CPF en organise désormais la tentative. Et d'autre part, spéciale dans la mesure où l'article 2 de l'ordonnance n°2019-963 incrimine spécialement la tentative d'abus de confiance commis au préjudice de l'UE⁴¹⁹. L'application de ce régime était donc limitée. Cela est à attribuer au fait que le gouvernement n'avait qu'une habilitation pour légiférer sur la transposition de la directive PIF (*Cf. supra chapitre I titre II de la première partie*). Toutefois, le législateur a trouvé qu'il était nécessaire d'élargir le champ de cette incrimination, ce pourquoi il l'a généralisé.

A une généralisation de la tentative d'abus de confiance. Le législateur par la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 ratifiant l'ordonnance 2019-963 du 18 septembre 2019 dite de la transposition de la directive PIF vient élargir le champ d'application de cette tentative en le rendant applicable à toute forme d'abus de confiance. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 314-1-1 du CPF sur la section relative à l'abus de confiance dispose : « *la tentative des infractions prévues à la présente section est punie des mêmes peines* ». La tentative d'abus de confiance ne se réduit désormais plus

⁴¹³ Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 245.

⁴¹⁴ *Idem*

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ Arrêt, Cass. crim., 12 avril 1930, S. 1931.1.73s, note Roux.

⁴¹⁷ Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.* La Cour de cassation ne voulait pas simplement laisser un tel comportement impuni.

⁴¹⁸ Article 314-1-1 dernier alinéa du CPF créé par l'article 2 de l'ordonnance de 2019.

⁴¹⁹ Article 2 de l'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019 : « *Le code pénal est ainsi modifié : « Après l'article 314-1, il est inséré un article 314-1-1 ainsi rédigé : ... (in fine) « La tentative des infractions prévues par le présent article est punie des mêmes peines. » ».*

qu'aux seules atteintes aux intérêts financiers de l'UE. Le législateur a par ailleurs supprimé la référence aux atteintes au préjudice de l'UE que faisait l'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019. L'article 314-1-1 du CPF est dorénavant consacré à la circonstance aggravante et à la tentative de toutes les formes d'abus de confiance.

Cette réforme suscite cependant des questionnements sur l'interprétation de la Cour de cassation en matière de préjudice sur ce délit, interprétation qui le rend un délit formel. Le rapprochement devient délicat entre la tentative et le préjudice.

§2. La tentative d'abus de confiance face à une jurisprudence décalée

Si le code pénal français classe l'abus de confiance parmi les atteintes à la propriété et requiert un préjudice⁴²⁰. La jurisprudence de la Cour de cassation a toujours considéré que le préjudice de l'abus de confiance n'est pas forcément matériel, mais peut être également morale, voire simplement éventuel⁴²¹. De plus, cette haute juridiction semble ne plus considérer le préjudice comme composante intrinsèque distinct de ce délit⁴²². En effet, elle juge qu'il n'est pas nécessaire de caractériser le préjudice qui se trouve incluse dans la constatation du détournement⁴²³.

Très contraignante, la Cour de cassation fait une interprétation contraire à la loi. Non seulement en se passant de l'exigence légale d'atteinte au droit de propriété, mais aussi en rendant l'abus de confiance un délit formel alors que, légalement, il s'agit d'un délit matériel. En outre, elle rend complexe la lecture pénale de l'abus de confiance et l'incrimination de sa tentative. La distinction entre le délit consommé et tenté est déjà délicate pour les infractions formelles⁴²⁴. La différence entre l'abus de confiance consommé et celui simplement tenté devient complexe à partir du moment où la jurisprudence admet que l'abus de confiance est constitué dès lors qu'un locataire d'un appartement meublé est surpris en train de déménager les meubles dudit appartement⁴²⁵. Bien qu'interrompu, la Cour de cassation considéra que le délit est consommé⁴²⁶. De même, l'exigence selon laquelle l'abus de confiance est établi par le simple préjudice éventuel⁴²⁷, sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser ce préjudice, qui se trouve incluse dans l'acte matériel de détournement⁴²⁸ font qu'il est difficile de déterminer à partir de quel moment et de quel acte l'abus de confiance ne serait que tenté. Des précisions jurisprudentielles sont entendues. Toutefois, un revirement tendant à replacer l'abus de confiance au rang des infractions matérielles est possible et même souhaitable. Il remettrait de l'ordre et la cohérence entre l'interprétation jurisprudentielle et la portée de la loi, selon le sens voulu par le législateur.

A cette réforme de peines en matière de détournement, s'ajoutent celle liée aux circonstances aggravantes qu'il importe de déterminer.

⁴²⁰ Article 408 ancien du CPF et article 314-1 du nouveau CPF.

⁴²¹ Arrêts, Cass. Crim., 18 mars 1936 : *Gaz. Pal.* 1936.1.880 ; *RSC* 1936, 562, obs. Donnedieu de Vabres ; Cass. crim. 3 décembre 2003, pourvoi : 02-80041, *Bull. crim.* n° 340 ; Cass. crim. 10 janvier 2013, pourvoi 08-83216, *Bull. crim.* n° 6.

⁴²² Michèle-Laure RASSAT, *Op. cit.*, p. 240.

⁴²³ Arrêt, Cass. crim. 3 décembre 2003, pourvoi : 02-80041, *Bull. crim.* n° 340.

⁴²⁴ Bernard BOULOC, *Op. cit.*, p. 243.

⁴²⁵ Arrêt, Cass. crim., 12 avril 1930, S. 1931.1.73s, note Roux.

⁴²⁶ Si cette jurisprudence ancienne visait à combler le vide de l'absence de la répression de la tentative d'abus de confiance. Elle ne saurait être reconduite à partir de l'incrimination de la tentative de ce délit.

⁴²⁷ Arrêt, Cass. crim., 18 mars 1936 : *Gaz. Pal.* 1936. 1.880 ; *RSC* 1936. 562, obs. Donnedieu de Vabres ; *Crim.* 13 janvier 2010 : préc. Note 19.

⁴²⁸ Arrêt, Cass. crim. 12 avril. 1967 : *Bull. crim.*, n°115, 5 mars 1980 : *ibid.* n° 81 ; d. 1980. IR 335, obs. Puech.

Chapitre 2 : La (l'il)limitation de l'aggravation à la bande organisée en droit français

La bande organisée est la forme d'organisation criminelle dont la France alourdi la sanction pénale lorsqu'elle constitue le mode opératoire dans la commission de certaines infractions⁴²⁹. C'est la circonstance aggravante qui a également été choisie pour répondre aux exigences de la directive PIF en vue de lutter contre les organisations criminelles. Cette aggravation en cas de commission du détournement dans le cadre d'une bande organisée semble cependant limitée (section 1), mais en même temps, a été élargie dans son contenu et s'étend désormais à toute bande organisée (section 2).

Section 1 : La limitation de l'aggravation à la bande organisée

La bande organisée est la circonstance aggravante retenue par le droit français pour répondre aux exigences de l'article 8 de la directive PIF (§1). En ne faisant pas référence aux autres formes d'organisations criminelles reconnues par le droit français, en particulier l'association des malfaiteurs, cette dernière serait ainsi exclue du rang des circonstances aggravantes de ces délits (§2). La directive PIF impose cependant d'ériger en circonstance aggravante toute commission de l'infraction dans le cadre de toute organisation criminelle au préjudice des intérêts financiers de l'UE⁴³⁰. Il convient de vérifier les raisons de cette limitation française.

§1. La limitation de l'aggravation du détournement aux seuls cas de bandes organisées

Il s'agit d'analyser ici la réaction pénale française face aux actes de détournement commis en bande organisée et leurs incidences

La définition de la bande organisée. Selon le droit français, la bande organisée est « *tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* »⁴³¹. La jurisprudence du Conseil constitutionnel exige des « *précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs* »⁴³². Cette définition est proche de celle donnée par la décision cadre de 2008 sur l'organisation criminelle⁴³³. A l'inverse, elle s'en distingue en ce sens que l'organisation criminelle au sens de la décision cadre vise une catégorie d'infraction (selon un seuil de peine), exige une association de plus de deux personnes et poursuivant un but lucratif⁴³⁴. La définition du droit français paraît plus générale et large que celle de la décision cadre. Il s'agit d'une

⁴²⁹ Il en est ainsi : des crimes d'eugénisme et de clonage reproductif (articles 214-3), du meurtre (article 221-4), de vol (article 311-9), de l'extorsion (articles 312-6), de l'escroquerie (article 313-2) ...

⁴³⁰ Article 8 de la directive PIF.

⁴³¹ Article 132-71 du CPF.

⁴³² Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, n°2004-492 DC : *in JO* 10 mars, p. 4637 ; *D.* 2004. Somm. 2757, obs. de Lamy.

⁴³³ Article premier § 1 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée : « *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 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* ».

⁴³⁴ Wilfrid JEANDIDIER, « Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Criminalité et délinquance organisées, Janvier 2017 (actualisation : Juin 2019), <https://www-dalloz-fr.scd-rproxy.u-strasbg.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000391/2017-01/PLAN005>, consulté le 01 aout 2022.

circonstance aggravante réel qui s'attache à l'infraction et s'applique à l'ensemble des coauteurs ou complices⁴³⁵.

Les limites de l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019. Cette ordonnance qui consacre la bande organisée nous semble doublement limitée. D'une part, parce qu'elle ne vise que la bande organisée, et d'autre part, dans la mesure où elle ne vise pas toute bande organisée.

La limitation à la bande organisée. L'ordonnance n° 2019-963 vient créer la circonstance aggravante de bande organisée pour les infractions de détournement portées par les articles 314-1-1, 432-15 et 433-4 du CPF. Mais elle semble limitée dans la mesure où la directive PIF exige plutôt la circonstance aggravante lorsque les incriminations qu'elle vise auront été commises dans le cadre d'une organisation criminelle. Si la bande organisée est une des formes d'organisations criminelles⁴³⁶, ces dernières ne se réduisent pour autant pas à elle seule. Il exige d'autres formes d'organisations criminelles.

La limitation à certaines bandes organisées. L'ordonnance n° 2019-963 n'aggrave la peine que lorsque le détournement des fonds et avoirs commis au préjudice de l'UE ont été réalisés dans le cadre d'une bande organisée⁴³⁷. Les modifications apportées par cette ordonnance aux délits de détournements des articles 432-15 et 433-4 exigeaient, par ailleurs, à la fois une atteinte aux intérêts financiers de l'UE et une commission en bande organisée. Les deux circonstances étant à réunir cumulativement pour que la peine soit aggravée. Il s'ensuit que la bande organisée ne constituait pas une circonstance aggravante pour toutes les infractions de détournements. Elle était spéciale et s'appliquait à l'égard d'une victime particulière, « l'Union européenne ».

Il a fallu attendre la loi de ratification pour une généralisation (cf. section 2 de ce chapitre). Mais avant de vérifier cet élargissement, il y a lieu de constater que cette limitation soulève des questions sur d'autres formes d'organisations criminelles en France, en particulier l'association de malfaiteurs.

§2. L'exclusion de l'association de malfaiteurs

La directive PIF ne limite pas la possibilité aux Etats membres de créer d'autres circonstances aggravantes⁴³⁸. L'harmonisation étant minimale, chaque Etat est libre de prévoir les circonstances aggravantes qu'elle trouve nécessaire pour rendre efficace, tout en restant proportionnée, la protection des intérêts financiers de l'UE sur son territoire. Il doit obligatoirement faire en sorte que la commission de ces infractions dans le cadre d'une organisation criminelle soit constitutive d'une circonstance aggravante. Or, en droit français, il existe l'association de malfaiteurs et la bande organisée au rang d'organisations criminelles (outre les organisations terroristes ou les rebelles). En ne créant de circonstances aggravantes qu'en cas de bande organisée, le droit français exclut l'association de malfaiteurs.

Ambiguïté. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 450-1 du CPF, l'association de malfaiteurs est définie comme « *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 moins cinq ans d'emprisonnement* ». Cette définition est très similaire à celle que donne l'article

⁴³⁵ Arrêt, Cass. crim., 11 janvier 2017, n°16-80.610 : *D. actu.* 25 janvier 2017, obs. Goetz.

⁴³⁶ Bernard BOULOC, *Op. cit.*, p. 322.

⁴³⁷ Articles 314-1-1, 432-15 et 433-4 du CPF telle que modifiée par l'ordonnance de 2019.

⁴³⁸ Article 7 §3 in fine de la directive PIF.

132-71 du CPF sur la bande organisée qui dispose que la bande organisée est « *tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* »⁴³⁹. Il peut donc se déduire, du point de vue légal, qu'entre l'association de malfaiteurs et la bande organisée il n'y a pas de différences majeures. Les seules différences sont que l'association de malfaiteurs n'est constituée que dès lors que les infractions visées par l'association est passible d'au moins 5 ans d'emprisonnement alors que la bande organisée en droit français n'exige pas une catégorie particulière d'infractions. Et que si cette dernière constitue une circonstance aggravante des délits ou crimes, le premier constitue une infraction autonome. La crainte est celle qu'un même comportement puisse à la fois être considéré comme infraction et circonstance aggravante d'une autre.

Solution jurisprudentielle. La Cour de cassation apporte cependant des précisions. Rappelant la décision du Conseil constitutionnel du 2 mars 2004, elle juge que l'association de malfaiteurs se distingue de la bande organisée en ce sens que cette dernière « *suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres* »⁴⁴⁰. Cette différence créée ne résulte cependant pas de la loi. Il s'en déduit toutefois que l'association de malfaiteurs n'est pas une organisation structurée entre ses membres et que les auteurs n'agissent pas par préméditation. Certains auteurs considèrent cependant qu'une infraction commise en bande organisée n'est autre chose qu'« un crime ou un délit commis par des participants à une association de malfaiteurs »⁴⁴¹. La difficulté que pose la distinction entre ces deux notions justifie le fait que le législateur n'a pas su créer à la fois, une circonstance aggravante d'association de malfaiteurs⁴⁴² et une autre de bande organisée. Les deux notions ayant littéralement la même portée, même si la jurisprudence en fabrique des différences.

Il convient de noter que, la Cour de cassation, confirmant le revirement opéré depuis 2016⁴⁴³, considère que « *les faits qui procède de la manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention couple ne peuvent être retenue comme élément constitutif d'une infraction et circonstances aggravantes d'une autre* »⁴⁴⁴, peu importe que les faits aient été concomitants⁴⁴⁵. Il reste cependant possible de retenir le détournement avec circonstances aggravantes de bande organisée et l'infraction d'association de malfaiteurs à la condition de prouver que les faits qui procède à la réalisation de ces deux infractions ne sont pas indissociablement liés.

⁴³⁹ Article 132-71 du CPF.

⁴⁴⁰ Arrêt, Cass. crim. 08 juillet 2015, n°14-88.329 p : *D. actu.*, actu 31 août 2015, obs. Benelli-de Bénazé.

⁴⁴¹ ANGEVIN, Circonstances aggravantes définies par le code pénal, actualisé par GUERIN, J.-Cl. Pénal Code, art. 132-71 à 132-80, fasc. 20, 2014, n° 34) ou encore « qu'une infraction commise en bande organisée n'est pas autre chose qu'un crime ou un délit commis par des participants à une association de malfaiteurs » (V. *Association de malfaiteurs [Pén.]*, cité par Wilfrid JEANDIDIER, *Op. cit.*

⁴⁴² Le législateur français rend certaines infractions autonomes comme circonstances aggravantes d'autres infractions, il en est ainsi du vol avec violences (« article 311-4 du CPF », « violences articles 222-7 à 222-16-3 du CPF »).

⁴⁴³ Arrêt, Cass. Crim. 15 janv. 1990, n° 86-96.469, Dalloz jurisprudence, cité par Warren Azoulay, « Association des malfaiteurs ou bande organisée : le juste choix », *Actualité Dalloz*, 3 juin 2019 : <https://www-dalloz-fr.scd-rproxy.u-strasbg.fr/documentation/Document?id=ACTU0195922> commentaire de l'arrêt Crim. 9 mai 2019, FS-P+B+I, n° 18-82.800 : « son raisonnement qu'elle amorçait trente années auparavant en s'assurant que différentes infractions ne constituent pas un tout indissociable pour être liées entre elles par l'unité d'un dessein afin de s'assurer d'une absence de cumul idéal d'infraction ».

⁴⁴⁴ Arrêt, Cass. crim. 16 mai 2018, n° 17-81.151 P : *D. Actu.* 28 mai 2018, obs. Goetz.

⁴⁴⁵ Arrêt, Cass. crim. 26 oct. 2016, n° 15-84.552, Dalloz actualité, 7 nov. 2016, obs. S. Fucini ; D. 2016. 2217 ; ibid. 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; AJ pénal 2017. 35, obs. J. Gallois ; RSC 2016. 778, obs. H. MATSOPOULOU ; JCP 2017. 16, note N. Catelan ; Dr. pénal 2017. Comm. 4, obs. P. Conte ; Gaz. Pal. 2017. 413, obs. S. Detraz.

Section 2 : L'élargissement de l'aggravation du détournement à toute bande organisée

Le législateur français a estimé qu'il était nécessaire d'étendre l'application de la circonstance aggravante de bande organisée à l'ensemble des infractions de détournement visées pour la protection des intérêts financiers de l'UE afin de protéger également les intérêts nationaux (§1). Le législateur français tire ainsi profit d'une obligation du droit de l'UE pour renforcer la protection de ses propres intérêts nationaux (§2).

§1. Les extensions de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020

Une aggravation revue et étendue. La loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 ayant ratifiée l'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019 apporte des modifications à la réforme opérée par cette dernière en matière de circonstance aggravante de bande organisée. D'une part, cette loi supprime l'aggravation spéciale des peines qu'avait institué ladite ordonnance lorsque le détournement portait atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Et d'autre part, elle supprime l'exigence d'atteinte aux intérêts financiers de l'UE qui devait se cumuler avec la commission de l'infraction en bande organisée pour constituer les circonstances aggravantes applicables en matière de détournement portées par les articles 432-16 et 433-4 du CPF. En outre, la bande organisée qui constituait la circonstance aggravante spéciale d'abus de confiance commis au préjudice de l'UE sera élargie pour être désormais applicable à tout type d'abus de confiance.

Il s'en suit qu'à travers la loi du 24 décembre 2020, les circonstances aggravantes de bandes organisées qui n'étaient applicables qu'aux détournements portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE sont désormais élargies et s'appliquent à toutes les infractions de détournement visées⁴⁴⁶. La peine est alors aggravée lorsque le détournement est commis en bande organisée, qu'il porte ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Autrement dit, indifféremment de la qualité de la victime, cette dernière pouvant être un particulier, l'Etat, ou l'Union européenne. Cette aggravation est alors assortie de peines plus fortes.

La peine aggravée en raison de bandes organisées. Qu'il s'agisse de l'abus de confiance (portée à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amende)⁴⁴⁷, du détournement de bien contenu dans un dépôt public (dont la peine d'amende est portée à 750 000 €)⁴⁴⁸ ou le détournement commis par les personnes exerçant une fonction publique (pour lequel la peine d'amende est portée à 2 000 000 € ou, s'il excède ce montant, au double du produit de l'infraction, lorsque l'infraction est commise en bande organisée)⁴⁴⁹, les peines sont aggravées et justifient les circonstances aggravantes créées. Étant toutes punis de plus de 4 ans, ces infractions ainsi aggravées respectent l'encadrement fixé par le droit de l'UE. Bien que surveillée, le législateur français nous semble, dans sa liberté de choix, avoir fait preuve de modération quant aux peines aggravées qu'il organise.

Cet élargissement renvoie à considérer que la France a tiré profit de l'obligation imposée par la directive PIF pour renforcer son droit interne en matière de détournement qu'il convient de relever.

⁴⁴⁶ Articles 314-1-1, 432-15 alinéa 2 et 433-4 alinéa 2 du CPF.

⁴⁴⁷ Article 314-1-1 du CPF

⁴⁴⁸ Article 433-4 alinéa 2 du CPF

⁴⁴⁹ Article 432-15 alinéa 2 du CPF.

§2. Un renforcement du droit commun français

La fraude, notamment par détournement, se réalise de plus en plus dans le cadre de réseaux criminels bien structurés. La lutte contre ce phénomène est devenue un défi d'envergure mondiale⁴⁵⁰. Il était devenu nécessaire que le dispositif pénal à mettre en place pour lutter contre le détournement des fonds et avoirs au préjudice de l'UE tiennent compte de cette contrainte afin d'adopter des sanctions efficaces et dissuasives.

Ainsi, les obligations résultant du droit international pénal en général et du droit pénal de l'Union en particulier ne sont pas qu'une atteinte à la souveraineté des Etats membres, mais constituent parfois une nécessité, voire une chance pour les Etats membres⁴⁵¹. La France ayant de plus en plus ses intérêts en dehors de ses frontières internes, tire ici profit de l'obligation de transposition de la directive PIF pour étendre, par assimilation, la circonstance aggravante de bande organisée à la protection de ses intérêts nationaux. Leur atteinte par les organisations criminelles est désormais mieux encadrée par cette incrimination de la circonstance aggravante de bande organisée. Jugée comme une circonstance aggravante réelle, la bande organisée a vocation à s'appliquer à l'ensemble des coauteurs et complices⁴⁵². Ce qui permet d'atteindre au plus large possible les acteurs de détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE, tout comme ceux au préjudice des intérêts de la France voire des particuliers qu'ils soient ou non sur le territoire français.

En vertu de cette extension, la Cour de justice pourra, dans une certaine mesure, être appelée à interpréter la notion d'organisation criminelle lorsqu'elle est saisie par le juge national si cette interprétation est déterminante dans l'application du droit national⁴⁵³.

####

Les difficultés pour l'harmonisation et la mise en œuvre des règles minimales en matière de peines applicables à la protection des intérêts financiers de l'UE visées par la directive PIF témoignent que le partage de droit ne veut pas forcément dire partage de valeurs. Même s'il s'agit d'un vœu exprimé par le TUE, le rapport entre les faits et les sanctions pénales demeurent encore très variés au sein des Etats membres de l'UE. En présence des règles européennes très souples, la France qui pénalise déjà à outrance les actes de détournement fait preuve de pragmatisme et adapte les peines en matière de détournement. Toutefois, par excès d'originalité, elle finit par offrir des circonstances aggravantes partiellement conforme aux exigences de la directive PIF.

Pour la répression du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE, la norme pénale ne suffit pas, encore qu'il faille qu'elle soit effective. La directive étant récente, la jurisprudence est plus entendue. Les dossiers judiciaires, tel que celui relatif au détournement de fonds alloués à l'assistance parlementaire de l'UE, affectant les intérêts financiers de l'UE traînent encore dans la phase d'instruction ou devant les juges de fonds en France.

⁴⁵⁰ Amandine SCHERRER, Antoine MEGIE et Valsamis MITSILEGAS « La stratégie de l'Union européenne contre la criminalité organisée : entre lacunes et inquiétudes », in *The European Union strategy against organised crime: between deficiency and concern*, <https://doi.org/10.4000/conflicts.17442>

⁴⁵¹ Juliette LELIEUR, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N° 1, 2011, p. 1.

⁴⁵² Arrêt, Cass. crim. 11 janvier 2017, n°16-80.610 : *D. actu.* 25 janvier 2017, obs. Goetz ; *D.* 2017. Pan. 2501, obs. Gozzi ; *Gaz. Pal.* 2017. 265, note Tellier-Cayrol.

⁴⁵³ Arrêt de la Cour (première chambre) du 11 juin 2020, *Jl/Pologne*, Affaire C-634/18.

Conclusion

Au cœur de ce mouvement d'eupéanisation du droit pénal, cette étude a eu pour objet d'évaluer la transposition en France de la directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal. Elle a ainsi examiné les normes françaises de mise en œuvre de cette directive à partir d'un exemple de la répression du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE.

La directive PIF, qui s'inscrit dans l'objectif de poursuite du processus d'harmonisation de la protection pénale initié par la convention PIF, constitue un instrument qui marque l'espace pénal européen. Il s'agit d'un instrument dérivé qui a permis aux Etats membres de sortir du cadre de coopération judiciaire classique pour rentrer dans le cadre intégré de l'UE afin de protéger au mieux les intérêts financiers de l'UE.

Consacrant des normes pénales « imparfaites », cette directive fixe des définitions communes des incriminations, au rang desquelles figure celle du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE. Toutefois, ce n'est que lorsque les États membres les transposent dans leurs législations nationales qu'elles peuvent constituer des infractions applicables aux situations concrètes. Bien que l'harmonisation apportée par la directive PIF n'ait pas pour objet de supprimer les divergences au sein des Etats membres, elle doit, par son objet, concourir au rapprochement de leurs législations grâce au standard minimum qu'elle impose. Cependant, les Etats membres sont encore trop réticents pour laisser le libre arbitre au législateur de l'UE. Au-delà des limites liées aux compétences normatives conférées à l'UE (n'ayant permis qu'une harmonisation minimale), ces États semblent encore plus résistants dans la mise en œuvre effective de ce droit pénal européen. L'exemple français de la transposition de cette directive à la lumière de la répression du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE confirme cette résistance.

N'ayant pas choisi de transposer littéralement les incriminations de la directive PIF, le droit français ne peut être juger conforme que s'il respecte le standard minimum fixé par cette directive. Or, en renvoyant par assimilation, aux infractions de son code pénal (sans la moindre adaptation), le droit pénal français de transposition de la directive PIF dilue non seulement les incriminations de détournement visées par cette directive, mais également les fragmente. Dès lors, une incrimination de la directive PIF peut constituer selon le cas, une composante de plusieurs infractions différentes en droit français. Inversement, une seule infraction française peut absorber plusieurs incriminations de la directive PIF. Cette assimilation réduit l'effet harmonisateur visé et constitue une source de disparités, voire génératrice de conflits d'applications. La répression du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE est exposée aux obstacles de sa mise en œuvre en France. Ces incriminations portées par la directive PIF ne s'expriment qu'indirectement, mais avec toutes leurs limites, au travers de ces infractions françaises de détournement.

De même, en matière de peine, les Etats membres n'ont pas laissé le libre arbitre au législateur de l'UE. Les règles minimales sont minimales et ne facilitent pas le rapprochement des législations nationales. De la convention PIF à la directive PIF, il semble avoir été recherché des points de proximité, plutôt qu'une réelle poursuite du rapprochement des législations nationales. Le passage d'une convention vers un instrument dérivé du droit de l'UE reste le principal apport majeur. Il n'y a pas, contrairement aux normes de comportement, des peines européennes pour des incriminations de détournement au préjudice de l'UE. Toutefois, malgré les faibles exigences européennes, le droit français n'échappe pas aux critiques. La transposition de règles minimales en

matière de peines de détournement fait également preuve d'incomplétude. Bien qu'il organise des peines plus élevées, le législateur français pêche en n'organisant des circonstances aggravantes limité par rapport aux exigences de la directive PIF.

Finalement, le droit français met en parallèle l'harmonisation et l'assimilation, alors que le TFUE assigne, par une sorte de « protection en cascade », l'assimilation à défaut de l'harmonisation (article 325 TFUE). Les incriminations de la directive PIF telle que transposées dans l'ordre juridique français paraissent incomplètes ou incorrectes. En présence d'une telle transposition, la France s'expose au risque d'un recours en manquement, à défaut duquel, elle pourra toujours être rattrapée dans des situations concrètes, par une question préjudicielle devant le juge. Question pouvant interrompre toute la procédure jusqu'à ce que le juge compétent examine la conformité du droit français de transposition de la directive PIF, à la lumière de la situation concrète.

La méconnaissance du droit pénal de l'UE dans sa mise en œuvre dans les ordres juridiques internes des Etats membres, en particulier en droit français, justifie la nécessité de poursuivre les réflexions sur le renforcement de ce droit pénal. Pour l'heure, l'harmonisation semble être le mécanisme le plus favorable. Elle est à la fois capable de gérer les tensions liées aux disparités interétatiques encore très présentes en matière pénale, tout en poursuivant l'objectif du rapprochement des droits nationaux des Etats membres, nécessaire à la coordination de la protection pénale des intérêts financiers de l'UE. Il y a toutefois lieu de repenser l'orientation de cette harmonisation pour plus de cohérence et d'efficacité. Les réflexions à venir pourront poursuivre l'étude sur l'harmonisation du droit pénal dans l'espace intégré de l'UE en vue de consolider le processus de création d'un véritable ordre public européen.

Cette voie nous semble adaptée à la construction d'un espace favorable à la matérialisation du rêve de pénalistes européens. Celui d'avoir, à l'avenir, un droit pénal européen plus autonome et atteignant son « mode majeur »⁴⁵⁴. Bien que le Procureur européen (Parquet européen) soit, aujourd'hui, le « gardien » de la protection pénale des intérêts financiers de l'UE, il ne reste pas moins un membre de l'équipe adverse. Il faudrait un « arbitre » de l'UE (juge pénal européen), neutre et assigné à dire le droit en matière des infractions européennes. Si le droit international pénal a fini par avoir des juridictions internationales à compétence pénale, alors que les crimes pour lesquels elles fondent leurs compétences n'ont rien d'international, en dehors des textes qui les consacrent⁴⁵⁵, les pénalistes européens ne devraient se lasser de ce rêve autour de la création d'une « Cour pénale européenne »⁴⁵⁶. Pourquoi les citoyens européens⁴⁵⁷, n'auraient-ils pas droit à une juridiction européenne contre les « euro-crimes »⁴⁵⁸ pour protéger spécifiquement les valeurs européennes⁴⁵⁹ ?

⁴⁵⁴ Le mode majeur, tel que décrit par Jean Pradel, est celui qui dote l'UE d'un Parquet européen (déjà en place) et d'une Cour pénale européenne (peut-être à venir). Jean PRADEL, « Rapport conclusif », in *Européanisation de la justice pénale*, sous la direction de Gildas Roussel et François-Xavier ROUX-DEMARE, CUIJAS, Paris, 2016, p. 177-178.

⁴⁵⁵ Juliette LELIEUR, « Le statut de la Cour pénale internationale : un droit répressif d'une génération nouvelle », in *Les chemins de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Mark PIETH et Ulrich SIEBER, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 43.

⁴⁵⁶ Jean PRADEL, « Rapport conclusif », *Op. cit.*

⁴⁵⁷ Article 9 TUE.

⁴⁵⁸ Bien que cette qualification soit critiquée, l'article 83 TFUE dégage cependant un ensemble de domaines de la criminalité de la compétence de l'UE. Lire à ce sujet Éliette RUBI-CAVAGNA, « Le droit pénal de l'Union européenne : un droit pénal commun porteur de valeurs ? », in *RSC*, Paris, Dalloz, 2018 p. 663.

⁴⁵⁹ Article 2 TUE, lire également Éliette RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

1. AKELE ADAU Pierre, Angélique Sita-Akele Muila et Théodore Ngoy Ilunga wa Ns, *Cour de droit pénal spécial*, G3 Droit, UPC, 2003-2004.
2. BONFILS Philippe et GREGOIRE Ludivine, *Droit pénal spécial*, collection cours, Paris, LGDJ, 2022.
3. BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2021.
4. CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, PUF, 2022.
5. *Dictionnaire le Robert, collègue*, sous la direction de Marie-Hélène DRIVAUD, Paris, 2012.
6. LEPAGE Agathe et MATSOPOULOU Haritini, *Droit pénal spécial*, Paris, LGDJ, 2015.
7. PRADEL Jean, CORSTENS Geert et VERMEULEN Gert, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009.
8. RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, infraction du code pénal*, Paris, Dalloz, 2018.
9. ROBERT Paul, *Le Petit Robert de la langue française*, sous la direction de Alain REY et Josette REY-DEBOVE, Paris, 2020.

II. Ouvrages spéciaux

1. CHETARD Guillaume, *La proportionnalité de la répression, étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Strasbourg, LGDJ, Lextenso 2020.
2. *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997.
3. DELMAS-MARTY Mireille, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, Université de Paris I/CNRS UMR 8103.
4. DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992.
5. DONATO DI PINTO Christian, *Le détournement en droit pénal*, thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Sous la direction de Roger Bernardin, Université de Nice, 2002.
6. FLORE Daniel, « Droit pénal matériel et Union européenne », In *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?* édité par Gilles DE KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003.
7. GARCIN Delphine, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, CERIC, Paris, 2004.
8. HAGUENAU-MOIZARD Catherine, GAZIN Fabienne et LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, *Les fondements de droit pénal de l'Union européenne*, 1^{ère} éd. Bruxelles, Larcier, 2016.
9. HUC Vincent, « Le recours aux agents sous contrat : cadre général », in *Statut de la fonction publique de l'Union européenne, commentaire article par article*, sous la direction de Ezio Perillo et Valérie Giacobbo Peyronnel, Bruxelles, Bruylant, 2017.
10. *La Fraude et le droit de l'Union européenne*, sous la direction de Dominique Berlin, Francesco Martucci et Fabrice Picod, Bruxelles, Bruylant, 2017 :

- LOPEZ-ESCUADERO Manuel, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne » ;
 - BOUVERESSE Aude, « La fraude dans l'abus de droit ».
11. *Le chemin de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Mark PIETH et Ulrich SIEBER, Paris, éd. Société de législation comparée, 2008 :
 - BERNARDI Alessandro, « L'harmonisation des sanctions en Europe » ;
 - LELIEUR Juliette, « Le statut de la Cour pénale internationale : un droit répressif d'une génération nouvelle » ;
 - SOTIS Carlo, « La Poule et l'œuf : les intérêts financiers de l'Union européenne et l'harmonisation pénale ».
 12. LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
 13. *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, Paris, Société de législation comparée, 2012 :
 - BERNARDI Alessandro, « L'harmonisation pénale accessoire » ;
 - PIN Xavier, « Subsidiarité versus efficacité ».
 14. MATERNE Tristan, *La procédure en manquement d'Etat, guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012.
 15. PESCATORE Pierre, *Cour de justice des communautés européennes, le recours préjudiciel de l'article 177 CEE et la coopération de la Cour avec les juridictions nationales*, OPOCE, Luxembourg, 1986.
 16. PRADEL Jean, « Rapport conclusif », in *Européanisation de la justice pénale*, sous la direction de Gildas ROUSSEL et François-Xavier ROUX-DEMARE, CUJAS, Paris, 2016.
 17. SANT'ANNA Joao, « Sources et champ d'application du droit de la fonction publique de l'Union européenne (article 1er à 1er ter) », in *Statut de la fonction publique de l'Union européenne, commentaire article par article*, sous la direction de Ezio PERILLO et Valérie GIACOBBO PEYRONNEL, Bruxelles, Bruylant, 2017.
 18. SEILER Louise, *Le Parquet européen : vers une justice pénale fédérale*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Joël BOUDANT, Université de Nantes, 2021.
 19. SIMON Denys, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997.
 20. SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e éd. 2001, n°579.
 21. VERVAELE John A. E., *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, PUF, 1994.
 22. WANE BAMEME Bienvenu, *La responsabilité pénale pour crime de guerre : étude comparée des droits français et congolais*, thèse de doctorat en droit, Aix-Marseille Université, sous la direction de Gilles Mathieu et de Philippe Bonfils, 2012.
 23. ZOLYNSKI Célia, *Méthode de transposition des directives communautaires, étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 2007.

III. Articles de doctrine

1. AYRAL Michel, « La transposition des directives dans les droits nationaux », in *RMC* 1977.
2. AZOULAY Warren, « Association des malfaiteurs ou bande organisée : le juste choix », *Actualité Dalloz*, 3 juin 2019 : <https://www-dalloz-fr.scd-rproxy.u->

- strasbg.fr/documentation/Document?id=ACTU0195922 commentaire de l'arrêt Crim. 9 mai 2019, FS-P+B+I, n° 18-82.800. Consulté le 7 juillet 2022.
3. BERNARDI Alessandro, « Europe sans frontière et droit pénal » in *RSC*, Paris, Dalloz, 2002.
 4. Bitton Avi et Ferrand Clémence, « Le délit de détournement de fonds publics » 1^{re} Parution : 8 février 2021, <https://www.village-justice.com/articles/delit-detournement-fonds-publics,37906.html>, consulté le 5 avril 2022.
 5. CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain » : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Chaumont.MelScelle.pdf>. Consulté le 23 juin 2022.
 6. DE-LAMY Bertrand, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26.
 7. GOGORZA Amane, « La relativité de la notion européenne d'autorité judiciaire », in *Lexisnexis, Droit pénal*, n° 2 - février 2021.
 8. JACQUÉ Jean-Paul, « la Cour de justice de l'Union européenne et la théorie des « contre-limites », <http://www.droit-union-europeenne.be/432984946>. Consulté le 25 avril 2022.
 9. JEANDIDIER Wilfrid, « Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Criminalité et délinquance organisées », Janvier 2017 (actualisation : Juin 2019), <https://www-dalloz-fr.scd-proxy.u-strasbg.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000391/2017-01/PLAN005>
 10. JEAN-LUC Albert, « Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne », in *Revue française de comptabilité*, Ed. Comptables-Malesherbes, 2020.
 11. LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, « L'harmonisation des sanctions pénales en Europe : étude comparée de faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé des sanctions et aux mesures d'aménagement des peines privatives de liberté », in *Archives de politique criminelle*, Éditions Pédone, 2002/1 n° 24 | pages 177 à 194. <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2002-1-page-177.htm>. Consulté le 29 juillet 2022.
 12. LELIEUR Juliette, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n° 1, 2011.
 13. MASSE Michel, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », in *RSC*, Paris, Dalloz, 1996.
 14. RUBI-CAVAGNA Éliette, « Le droit pénal de l'Union européenne : un droit pénal commun porteur de valeurs ? », in *RSC*, Paris, Dalloz, 2018.
 15. Salazar Lorenzo, « La genèse d'un espace pénal communautaire : la protection des intérêts financiers des communautés européennes », in *Revue internationale de droit pénal*, 2006/1 Vol. 77.
 16. SCHERRER Amandine, Mégie Antoine et Mitsilegas Valsamis, « La stratégie de l'Union européenne contre la criminalité organisée : entre lacunes et inquiétudes », in *The European Union strategy against organised crime : between deficiency and concern*, <https://doi.org/10.4000/conflicts.17442>, consulté le 30 juillet 2022.
 17. WAGNER Marion, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affaires de pénalisation à outrance », in *RSC*, n° 1, Paris, Dalloz, 2011.

18. ZEROUKI-COTTIN Djoheur, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *in RSC*, p. 580-581. <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penalcompare-2011-3-page-575.htm>. Consulté le 20 juin 2022.

IV. Cours

1. JAWORSKI Véronique, *Cours de droit pénal international*, Université de Strasbourg, 2020-2021.
2. LELIEUR Juliette, *Cour de droit pénal des affaires*, Université de Strasbourg, 2020-2021.
3. Julie RONDU, *Cour de coopération judiciaire pénale*, M2 droit pénal appliqué, Université de Strasbourg, 2021-2022.

V. Rapports, communications et circulaire

1. Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces relatives à la politique pénale dans le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, du 18 décembre 2002. CRIM 2002-18 G3.
2. Commission européenne, Communication (2011) 595 final, accompagné des documents de travail des services de la Commission SEC, (2011) 1107 final, SEC, (2011) 1108 final et SEC (2011) 1109 final.
3. Commission européenne, Communication relative à la Stratégie antifraude de la Commission : action renforcée pour protéger le budget de l'Union européenne, Bruxelles, le 29.4.2019 COM(2019) 196 final.
4. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté /* COM/2001/0272 final - COD 2001/0115, *in JO* n° 240 E du 28/08/2001 p. 0125-0129.
5. Commission européenne, Proposition de la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Bruxelles, le 11.7.2012 COM(2012) 363 final.
6. Commission européenne, Rapport sur la mise en œuvre de la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, du 6 septembre 2021.
7. Conseil, Rapport de la présidence sur l'état des travaux de la proposition de la directive PIF, 15130/16, 2 décembre 2016.
8. Livre vert de la Commission européenne sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen (COM [2001] 715 final/n° E 1912).
9. Rapport annuel du Parquet européen 2021.
10. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal NOR : JUSD1918088P, 19 septembre 2019.
11. Rapport de l'Office européen de lutte antifraude de 2019 et de 2020.
12. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive PIF, Bruxelles, 6 septembre 2021, COM (2021) 536 final.
13. Rapport de la session ordinaire du Sénat de 2019-2020, 19 février 2020, N° 335.

Table des matières

Remerciements	ii
Sommaire	iii
Liste indicative des abréviations, acronymes et sigles	iv
Introduction	1
I. L'eupéanisation de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union : entre douleur et enchantement d'une harmonisation	1
II. Le détournement, une atteinte aux intérêts financiers de l'Union	6
I^{ère} Partie : Le contour des incriminations en matière de détournement au préjudice de l'UE	12
Titre I : De l'émergence de l'incrimination de détournement en droit de l'UE (...)	12
Chapitre 1 : La construction progressive du détournement en droit de l'UE	12
Section 1 : De la difficile conception d'une incrimination en matière de détournement (...) .	12
§1. La naissance d'une protection pénale contre le détournement au préjudice de l'UE	12
§2. La construction d'une définition de détournement par la convention PIF	13
Section 2 : (...) à un développement décéléré de l'harmonisation	15
§1. La justification d'une harmonisation par la directive	15
A. Le choix du cadre juridique de référence	15
B. Les objectifs d'harmonisation visés par la directive PIF	17
§2. Les particularités du détournement dans la directive PIF	20
A. L'élargissement des incriminations de fraude	21
B. L'incrimination spéciale du détournement de l'agent public	21
Chapitre 2. Les composantes du détournement en droit de l'Union	22
Section 1 : Le contenu du détournement constitutif de la fraude au préjudice de l'UE	22
§1. Le détournement comme composante de la fraude en matière de dépenses	22
A. Le détournement constitutif de la fraude en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics	22
1. Conditions préalables	23
2. Les éléments « strictement » constitutifs	24
a. L'élément matériel	25
b. L'élément moral : l'intention frauduleuse	27
B. Le détournement constitutif de la fraude en matière de dépenses commis dans le cadre de la passation de marchés publics	27
1. Les particularités de conditions préalables de cette incrimination	28
2. Les spécificités de ses éléments « strictement » constitutifs	28
§2. Le détournement constitutif de la fraude en matière de recettes	30
A. Les conditions préalables	30
B. Les éléments « strictement » constitutifs	30
1. L'élément matériel	30
2. L'élément moral	31
Section 2 : Le contenu du détournement spécialement applicable aux agents publics	31
§1. Les conditions préalables	31

A. La qualité d'agent public.....	31
1. L'agent de l'Union.....	32
2. L'agent national	34
3. Les personnes investies d'une mission de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union	34
B. Le fait de confier	35
§2. Les éléments « strictement » constitutifs.....	35
A. L'élément matériel.....	35
1. Un acte positif	35
2. Le préjudice.....	37
B. L'élément moral	37
Titre II : (...) à la résistance du législateur français en matière de détournement	38
Chapitre 1. La transposition des incriminations de détournement en droit français.....	38
Section 1. Une absorption par les incriminations françaises de détournement	38
§1. L'ordonnance n° 2019-963 et les exigences de la mise en œuvre de la directive PIF	39
§2. Le renvoi aux incriminations de droit commun français	42
Section 2. Les incidences de l'absorption française de détournements visés par la directive PIF.....	44
§1. L'emprise de la théorie de l'assimilation.....	44
§2. Une mise à l'épreuve de l'autonomie interprétative du droit de l'Union	47
A. Le juge national, juge naturel du droit de l'Union.....	47
B. Le rôle de la CJUE dans l'interprétation du droit de l'Union	48
Chapitre 2 : Les composantes du droit français de détournements applicables à la protection pénale des intérêts financiers de l'UE	51
Section 1 : Les détournements imputables à quiconque	51
§1. L'abus de confiance	51
A. Les conditions préalables de l'abus de confiance.....	51
B. Les éléments « strictement » constitutifs de l'abus de confiance	54
1. L'élément matériel.....	54
2. L'élément moral.....	56
§2. Le détournement de biens contenus dans un dépôt public.....	56
Section 2 : Les détournements imputables à « l'agent public »	58
§1. Les composantes communes aux détournements imputables à « l'agent public »	58
A. Les conditions préalables	58
1. L'ambiguïté française sur la qualité officielle de l'agent	58
2. L'inadéquation française de la remise	62
B. Les éléments « strictement » constitutifs.....	64
1. L'élément matériel.....	64
a. Un acte positif	64

b. L'indifférence du régime français de détournement sur le préjudice	65
§2. Les composantes spécifiques à chaque type de détournement	66
A. L'élément moral du détournement volontaire	66
B. L'élément moral du détournement résultant de la négligence de l'agent public	66
II^e Partie : Les enjeux de la mise en œuvre de peines en matière de détournement	68
Titre I : L'harmonisation de peines en matière de détournement en droit de l'UE	68
Chapitre 1 : La détermination complexe de peines au niveau européen	69
Section 1. De l'encadrement des sanctions applicables	69
§1. L'exigence des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives	69
§2. L'imposition d'une sanction pénale	72
Section 2. La particulière exigence d'une peine d'emprisonnement	74
Chapitre 2 : Les circonstances aggravantes du détournement en droit de l'UE	75
Section 1 : L'aggravation en raison du préjudice ou avantage considérable	75
§1. Une prise en compte des conséquences de l'acte de l'agent	75
§2. L'imposition d'un seuil minimal des peines maximales	75
Section 2 : L'aggravation en cas d'organisation criminelle	77
§1. Le détournement dans le cadre d'une organisation criminelle	77
§2. La liberté des Etats membres dans la détermination de la peine aggravée	78
Titre II : L'adaptation du droit français de peines en matière de détournement	80
Chapitre 1 : Les nécessaires ajustements de peines en matière de détournement	80
Section 1 : La réforme modérée de peines en matière de détournement	80
§1. D'une aggravation spéciale du détournement de fonds et avoirs au préjudice de l'UE ...	80
§2. (...) à un renvoi aux peines de droit commun	81
Section 2 : Les particularités de la réforme de la tentative de détournement	83
§1. La novation de la répression de la tentative d'abus de confiance	84
§2. La tentative d'abus de confiance face à une jurisprudence décalée	85
Chapitre 2 : La (l'il)limitation de l'aggravation à la bande organisée en droit français	86
Section 1 : La limitation de l'aggravation à la bande organisée	86
§1. La limitation de l'aggravation du détournement aux seuls cas de bandes organisées	86
§2. L'exclusion de l'association de malfaiteurs	87
Section 2 : L'élargissement de l'aggravation du détournement à toute bande organisée	89
§1. Les extensions de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020	89
§2. Un renforcement du droit commun français	90
Conclusion	91
Bibliographie	93
Table des matières	97