L'extraterritorialité au prisme des fondements et objectifs du droit pénal de l'Union européenne

Antoine Bailleux[*]

Introduction

Au risque de prendre quelques libertés avec le canevas de la présente recherche collective, les pages qui suivent ne prétendent pas directement « répondre » au texte de R. Van Steenberghe sur l'application extraterritoriale du droit pénal. D'une part, l'auteur de ces lignes n'a aucun titre à donner la réplique à un internationaliste évoluant dans son domaine de prédilection – le droit pénal international. D'autre part, l'article de R. Van Steenberghe est un exemple de rigueur et de clarté, donnant peu de prise à la controverse.

Mais si cette contribution s'émancipe quelque peu de son *fondement*, c'est aussi et surtout pour mieux servir un des *objectifs* de cette recherche collective, qui consiste à mettre au jour d'éventuelles différences entre les soubassements du droit pénal international et ceux du droit pénal européen. Ainsi, c'est depuis le terrain européen, et plus précisément celui de l'Union européenne, que ces quelques pages entament un dialogue à distance avec l'étude de R. Van Steenberghe.

Ce dialogue s'engage au-dessus d'un fossé. Le texte de R. Van Steenberghe met en lumière le caractère largement « archipélagique » du droit pénal international, qui résulte de l'exercice désordonné, par chaque Etat, de sa souveraineté pénale. S'il est vrai que certaines conventions internationales prévoient des critères communs de compétence extraterritoriale, l'auteur laisse entendre que ces tentatives de rapprochement participent davantage du souci de lutter contre l'impunité – en généralisant notamment le principe *aut dedere*, *aut judicare* – que d'un souhait de coordination, voire d'harmonisation, des critères d'application extraterritoriale des droits nationaux.

On peut légitimement s'attendre à ce qu'il en aille différemment du droit pénal européen. D'abord, parce que le qualificatif « européen » laisse entendre qu'il s'y cache quelque chose de spécifique, qui ne se réduit pas à l'observation comparée des critères utilisés par les Etats membres aux fins de l'application extraterritoriale de leur droit pénal – sauf à considérer que ces critères auraient quelque chose de typiquement européen, ce que l'observation semble immédiatement démentir. Ensuite, parce que l'harmonisation des droits nationaux est à ce point inhérente au projet européen qu'on imagine mal que cette dimension soit congédiée lorsque ce dernier s'empare de la matière pénale. Enfin, parce que les articles 82 et 83 du TFUE habilitent explicitement l'Union à procéder, dans certains domaines et moyennant certaines conditions, au rapprochement des législations pénales nationales et à « prévenir et (…) résoudre les conflits de compétence entre les Etats membres ».(art. 82, § 1er, al. 2, b), TFUE).

Cette intuition sert de fil rouge à ces quelques pages. Elle nous conduit à faire l'hypothèse d'une « harmonisation par paliers » de la compétence extraterritoriale dans l'ordre juridique européen, et à attribuer à chacun de ces paliers un fondement et un objectif particulier. Nous

[*] Professeur à l'Université Saint-Louis, maître de conférences invité à Sciences Po (Paris) et avocat au barreau de Bruxelles.

analyserons d'abord le degré « embryonnaire » de l'européanisation, qui voit l'Union s'effacer devant le libre exercice de leur compétence extraterritoriale par les Etats, sans toutefois renoncer complètement à l'orienter ou à en encadrer les effets au nom de valeurs supposées communes (1). Montant d'un cran sur l'échelle de l'uniformisation, nous évoquerons ensuite les cas dans lesquels l'Union européenne procède à une harmonisation « simple » des critères de compétence extraterritoriale, harmonisation qui trouve son fondement dans le caractère transfrontière des infractions concernées et qui poursuit un objectif de coordination des interventions pénales nationales (2). Gravissant une marche supplémentaire, nous nous pencherons dans un troisième temps sur les scénarios d'harmonisation renforcée, qui confient à l'Union le rôle de chef d'orchestre et aux Etats celui d'exécutants dans une répartition des tâches fondée sur l'appartenance commune à l'Union et axée sur la défense des intérêts de celle-ci (3). Enfin, parvenus au sommet de la pyramide « intégrative », nous observerons des hypothèses d'unification de l'extraterritorialité, qui voient l'Union manier elle-même le pouvoir répressif au motif qu'il ne ressortit pas au registre pénal *stricto sensu* et aux fins de défendre ce que l'on pourrait appeler l'ordre social de l'Union européenne (4).

Avant de procéder à l'examen de cette échelle, trois remarques s'imposent. D'abord, cette échelle n'obéit à aucune dynamique chronologique, de sorte que (1) les cas d'intégration les plus poussés ne sont pas nécessairement apparus après les hypothèses de rapprochement « souples » et que (2) les paliers inférieurs n'ont pas vocation à se réduire et disparaître au profit des échelons supérieurs. Ensuite, cette présentation par paliers s'opère nécessairement à coup de raccourcis et de généralisations, cherchant à dégager un dessin d'ensemble sans préjuger des innombrables nuances qu'il conviendrait d'y apporter dans le cadre d'une recherche de plus de huit mille mots. Enfin, cette présentation embrasse volontairement tout le spectre de l'action répressive, qu'elle relève du droit pénal « classique » ou du droit « criministratif ». Si cette distinction formelle demeure pertinente pour expliquer des variations dans l'intensité de l'harmonisation, elle nous paraît en revanche trop floue et controversée pour prétendre borner au seul « vrai pénal » le champ d'investigation de la présente étude.

1. L'encadrement – La promotion des valeurs de l'Union

L'Union européenne se garde le plus souvent d'intervenir dans la définition, par les Etats, du champ d'application extraterritorial de leur droit pénal. En réponse à une interpellation de l'Union européenne par l'Union africaine au sujet d'un usage jugé abusif de la compétence universelle dans certains Etats membres, des experts européens précisent à cet égard que « [w]ithin the EU, the exercise of jurisdiction in matters of criminal law is to a large extent a subject-matter falling under the respective national competences of the 27 Member States of the Union. Any measures proposed to meet the concerns expressed by AU Member States over the exercise of universal jurisdiction by EU Member States must be premised on an understanding of the limited competence of the Union in this regard »[1].

Cette réticence à intervenir sur le terrain de la compétence pénale trouve notamment à s'illustrer dans la législation qui, prise en dehors de l'espace de liberté de sécurité et de

[1] AU-EU Technical Ad Hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction, *Report*, pt. 42, disponible à l'adresse :
http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_rapport_competence_universelle_EN.pdf

justice, encourage[2] voire oblige[3] les Etats membres à assortir de sanctions pénales tout manquement aux règles qu'elle instaure. S'autorisant – implicitement – du principe d'autonomie procédurale et institutionnelle consacré par la Cour de justice, ces législations ne disent mot de l'applicabilité extraterritoriale de telles sanctions.

Le législateur européen n'est pas toujours plus audacieux lorsqu'il agit sur le fondement de ses compétences proprement pénales. A cet égard, on observera que la Directive 2009/52 prévoyant des mesures minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier[4] ne contient aucune disposition relative à la compétence extraterritoriale des infractions établies sur son fondement par les Etats membres. Dans le même sens, on évoquera la Décision 2003/335 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre[5], qui se contente de renforcer la coopération entre les services des Etats membres alors même qu'elle instaurait, dans sa version initiale, une compétence universelle à l'égard des crimes qu'elle visait[6].

Mais la meilleure illustration de l'embarras de l'Union face à la question de la compétence pénale extraterritoriale réside sans doute dans la Décision-cadre 2009/948/JAI relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales[7]. Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce qu'une telle décision pose les jalons d'une harmonisation générale des critères d'application extraterritoriale des législations pénales nationales[8], force est de constater qu'elle se limite à établir une procédure de coopération entre les Etats visant à éviter – sans toutefois pouvoir les exclure – l'intentement de procédures parallèles concernant les mêmes faits. Cette absence d'harmonisation des critères se trouve du reste confirmée à l'article 4, 7), de la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen[9], qui prévoit que l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt portant sur des infractions qui ont été commises (1) en tout ou en partie sur le territoire de l'Etats membre d'exécution ou (2) hors du territoire de l'Etat membre d'émission lorsque le droit de l'Etat membre d'exécution n'autorise pas la poursuite pour les mêmes infractions commises hors de son territoire.

Cette frilosité de l'Union à déterminer « positivement » les critères de compétence extraterritoriale ne l'empêche toutefois pas d'orienter et d'encadrer les législations nationales.

---

[2] Voy. p. ex., Directive 2011/65 relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques, art. 15, § 3 (*J.O.*, 2011, L 174/88) ; Directive 2010/35 relative aux équipements sous pression transportables, art. 14, § 7 (*J.O.*, 2010, L 165/1) Directive 2009/48 relative à la sécurité des jouets, art. 51 (*J.O.*, 2009, L 170/1) ; Règlement n° 765/2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits, art. 41 (*J.O.*, 2008, L 218/30).

[3] Directive 2008/99 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, art. 3-5 (*J.O.*, 2008, L 328/28).

[4] *J.O.*, 2009, L 168/24.

[5] *J.O.*, 2003, L 118/12.

[6] Voy. le rapport de REDRESS et de la FIDH intitulé « Extraterritorial Jurisdiction in the European Union – A Study of the Laws and Practice in the 27 Member States of the European Union » (décembre 2010), p. 63, disponible à l'adresse : http://fidh.org/IMG/pdf/Extraterritorial_Jurisdiction_In_the_27_Member_States_of_the_European_Union_FINAL.pdf .

[7] *J.O.*, 2009, L 328/42.

[8] Voy. en ce sens le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, COM(2005) 696 final.

[9] Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (*J.O.*, 2002, L 190/1).

D'une part, l'Union incite les Etats membres à prévoir une compétence extraterritoriale la plus large possible à l'égard de certains crimes de droit international. L'article 14 de la Position commune 2001/930 dispose ainsi que « les Etats membres deviennent dès que possible parties » aux treize conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme qui y sont annexés, lesquels établissent des critères de compétence extraterritoriale extrêmement étendus. Dans le même sens, le Conseil a laissé entendre qu'il est du devoir de chaque Etat de poursuivre les personnes suspectées de crimes de droit international humanitaire qui tenteraient de trouver refuge sur leur territoire[10], soutenu en ce sens par le Parlement européen[11] et d'autres acteurs de la nébuleuse institutionnelle européenne[12].

D'autre part, l'exercice par les Etats membres de leur compétence extraterritoriale est encadré par les principes cardinaux de l'ordre juridique de l'Union. On pense d'abord au principe *ne bis in idem*, qui s'oppose à l'exercice par un Etat membre de sa compétence pénale à l'encontre d'une personne et pour des faits qui ont déjà fait l'objet de poursuites pénales dans un autre Etat membre[13]. Mais on songe aussi, de manière plus surprenante, aux libertés de circulation. L'article 1, § 5, de la Directive « Services »[14] dispose à cet égard que si cette directive n'affecte pas les règles de droit pénal des Etats membres, ceux-ci « ne peuvent restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui réglementent ou affectent de façon particulière l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité à l'effet de contourner les règles énoncées dans la présente directive ».

Il est incontestable que les législations pénales sont susceptibles d'entraver la libre circulation, par exemple en incriminant la promotion, sur le territoire national, d'un service proposé à l'étranger[15]. Il arrive également que cette entrave trouve sa source dans l'application extraterritoriale elle-même d'une législation à caractère répressif, interdisant par exemple au prestataire établi dans un autre Etat membre de faire bénéficier de ses services les personnes résidant sur le territoire de l'Etat membre « sanctionnateur »[16]. Si la Cour s'est jusqu'ici montrée plutôt compréhensive à l'égard de tels dispositifs, il ressort de sa

[10] Voy. Décision 2003/335/JAI concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre (*J.O.*, 2003, L 118/12), considérant n° 7 : « Il incombe aux autorités compétentes des États membres, lorsqu'il leur est indiqué qu'une personne qui a fait la demande d'un permis de séjour est soupçonnée d'avoir commis un génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ou d'avoir participé à la commission de tels actes, de veiller à ce que les actes en question fassent l'objet d'une enquête et, s'il y a lieu, de poursuites pénales, conformément à leur droit national ».

[11] Pour un plaidoyer explicite en faveur de la compétence universelle, voy. la Résolution du Parlement européen du 17 novembre 2011 sur le soutien de l'Union européenne à la CPI (*J.O.*, 2013, C 153 E/115, not. pts 16 et 20).

[12] Créé par le Conseil, on notera aussi l'existence d'un Réseau européen d'enquêtes et poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, selon lequel « les autorités nationales [des Etats membres] ont la responsabilité d'enquêter et de mener les poursuites judiciaires contre ces crimes, où qu'ils soient commis dans le monde, du simple fait de leur gravité. » (http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/genocidenetworksecretariat/European%20Network%20for%20investigation%20and%20prosecution%20of%20genocide,%20crimes%20against%20humanity%20and%20war%20crimes%20(LEAFLET)/GenNetLeaflet-2012-11-15-FR.pdf).

[13] Nous nous permettons de renvoyer sur ce point aux contributions respectives de D. Bernard et J. Lelieur au présent volume.

[14] Directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur (*J.O.*, 2006, L 376/36).

[15] Voy. C-447 et C-448/08 *Otto Sjöberg e.a.*, 8 juillet 2010, *Rec.*, p. I-6921; C-159/90 *Grogan*, 4 octobre 1991, *Rec.*, p. I-4685

[16] Voy. C-244 et C-245/10 *Mesopotamia Broadcast*, 22 septembre 2011, *Rec.*, p. I-8777.

jurisprudence qu'une telle application extraterritoriale ne peut, au minimum, causer de discrimination aux victimes[17] ou aux auteurs des faits incriminés[18].

Il nous semble qu'à ce stade embryonnaire, l'intervention de l'Union dans le champ pénal est motivée par la communauté de valeurs que celle-ci incarne. C'est le socle axiologique « bipolaire » (droits fondamentaux et libre circulation) de l'Union qui sert de fondement à ses incursions limitées dans la compétence pénale des Etats membres. Quant à l'objectif poursuivi par ces timides ingérences, il réside tout simplement dans la défense et la promotion de ces valeurs communes.

2. L'harmonisation simple – la coordination des législations nationales

Lorsqu'il agit dans des domaines spécifiques de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le législateur européen ne rechigne pas à aborder de front la question de la compétence extraterritoriale des Etats membres. En réalité, le contraire eût été surprenant dès lors que, comme le souligne Michel van de Kerchove dans son introduction, c'est la dimension transfrontière des crimes visés qui justifie le plus souvent l'intervention de l'Union dans le champ pénal.

Si le *fondement* de cette intervention réside donc dans la nature transnationale des crimes qu'elle vise, son *objectif* consiste quant à lui à assurer une certaine coordination dans l'application extraterritoriale des législations pénales nationales.

Cette coordination vise avant tout à éviter des conflits négatifs de compétence, qui laisseraient des infractions impunies pour la seule raison qu'elles tomberaient dans un espace laissé vide par l'agencement malheureux des législations pénales nationales.

Les actes de droit dérivé qui participent de cette ambition de coordination s'appuient sur des critères classiquement admis en droit pénal international. Ils enjoignent ainsi les Etats membres à établir leur compétence pour les infractions commises en tout ou en partie sur leur territoire ainsi que sur celles commises par un de leurs ressortissants ou pour le compte d'un personne morale établie sur leur territoire[19]. Ce critère dit de la « personnalité active » est

---

[17] Voy. en ce sens C-164/07 *James Wood*, 5 juin 2008, *Rec*., p. I-4143, qui concernait un fonds d'indemnisation aux victimes d'infractions commises à l'étranger, et dont le bénéfice était réservé aux ressortissants nationaux.

[18] Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-374/96 *Bickel et Franz*, *Rec*., 1998, p. I-7639 : : « 24. Dans ces conditions, il serait difficile d'expliquer à un citoyen de l'Union comment (…) un Etat membre autre que le sien pourrait être autorisé à exercer une discrimination à son égard en raison de sa nationalité dans toute procédure pénale engagée à son encontre sur son territoire. La non-discrimination en raison de la nationalité est le droit le plus fondamental conféré par le traité et doit être tenue pour un facteur de base de la citoyenneté de l'Union. 25. Une telle conclusion n'implique évidemment pas un transfert de compétence des Etats membres en matière pénale au profit de la Communauté. Elle reconnaît simplement le fait que (…) les Etats membres doivent exercer leurs compétences en la matière conformément au principe fondamental de l'égalité de traitement ».

[19] Voy. Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil relative à la lutte contre la criminalité organisée (*J.O*., 2008, L 300/42), art. 7, § 1er ; Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme (*J.O*., 2002, L 164/3), art. 9, § 1er ; Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (*J.O*., 2004, L 335/8), art. 8, § 1er ; Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*J.O*., 2002, L 328/1) art. 4, § 1er ; Directive 2011/36/UE du Parlement et du Conseil concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/639/JAI du Conseil (*J.O*., 2011, L 101/1), art. 10, § 1er et 2 ; Directive 2011/93/UE du Parlement et du Conseil relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la

incontestablement le plus couramment utilisé par le législateur européen, encore que les Etats membres soient souvent autorisés à ne pas l'appliquer[20] ou à l'assortir d'une condition de double incrimination[21]. Dans nombre de cas, ce critère est du reste étendu à toute personne *résidant* sur le territoire de l'Etat membre concerné[22], à tout fonctionnaire dudit Etat membre[23], voire aux personnes morales *au bénéfice* desquelles a été commise l'infraction[24]. Certains textes instaurent en outre une compétence personnelle *passive*, tantôt obligatoire[25], tantôt facultative[26].

En dépit de ses incontestables limites[27], cette coordination assurée par le droit de l'Union semble aller plus loin que celle instaurée par les conventions internationales classiques.

D'une part, nombre de ces textes expriment une attention particulière pour l'Union européenne elle-même ou pour les préoccupations de ses Etats membres. On pense ainsi à l'article 7, § 3, de la Décision-cadre 2008/841, qui oblige un Etat membre à établir sa compétence à l'égard de tout ressortissant qui aurait commis une infraction sur le territoire d'un autre Etat *membre* (par opposition à tout Etat tiers) lorsque la législation du premier Etat consacre le principe de non-extradition de ses nationaux. Ce principe de solidarité entre Etats membres est poussé plus loin encore par d'autres législations, qui prévoient que, dans une telle hypothèse, l'Etat dont l'auteur est un ressortissant *doit* saisir ses autorités compétentes et

---

pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil (*J.O.*, 2011, L 335/1), art. 17, § 1er-2 ; Décision-cadre 2003/568/JAI relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé (*J.O.*, 2003, L 192/54), art. 7, § 1er ; Décision-Cadre 2001/413/JAI du Conseil concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (*J.O.*, 2001, L 149/1), art. 9, § 1er ; Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information (*J.O.*, 2005, L 69/97), art. 10, § 1er ; Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (*J.O.*, 2008, L 328/55), art. 9, § 1er. On ajoutera, même s'il ne s'agit pas d'actes de droit dérivé au sens strict, la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*J.O.*, 1995, C 316/49), art. 4, et le Protocole à cette Convention du 27 septembre 1996 (*J.O.*, 1996, C 313/1), art. 6 ; la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne (*J.O.*, 1997, C 195/2), art. 7, § 1er.

[20] Voy. p. ex. l'art. 7, § 1er, al. 2, de la Décision-cadre 2008/841 précitée ; art. 8, § 2, de la Décision-cadre 2004/757 précitée ; art. 4, § 2, de la Décision-cadre 2002/946 précitée ; art. 7, § 2, de la Décision-cadre 2003/568 précitée. Certains textes privent cependant les Etats membres de cette faculté si leur législation interdit l'extradition de leurs ressortissants : voy. art. 7, § 3, de la Décision-cadre 2008/841 précitée ; art. 8, § 3 de la Décision-cadre 2004/757 précitée ; art. 7, § 3, de la Décision-cadre 2003/568 précitée.

[21] Voy. p. ex. 9, § 1er, b), de la Décision-cadre 2001/413 précitée.

[22] Voy. p. ex. art. 9, § 1er, c), de la Décision-cadre 2002/475 précitée ; art. 17, § 2, c), de la Directive 2011/93 précitée ; art. 6, § 2, du Protocole précité à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ; art. 7, § 2, de la Convention précitée relative à la lutte contre la corruption.

[23] Voy. art. 6, § 1er, b), du Protocole précité à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ; art. 7, § 1er, b), de la Convention précitée relative à la lutte contre la corruption.

[24] Art. 9, § 1er, c), de la Décision-cadre 2001/413 précitée ; art. 10, § 1er, c), de la Décision-cadre 2005/222 précitée.

[25] Voy. art. 8, § 1er, e), de la Décision-cadre 2002/475 précitée ; art. 17, § 2, a), de la Directive 2011/93 précitée ; art. 10, § 2, b), de la décision-cadre 2005/222 précitée.

[26] Voy. art. 10, § 2, a), de la Directive 2011/36 précitée ; art. 6, § 1er, c) *juncto* art. 6, § 2, du Protocole précité à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ; art. 7, § 1er, c) *juncto* art. 7, § 2, de la Convention précitée relative à la lutte contre la corruption.

[27] A cet égard, on ne manquera pas d'observer la présence, à l'article 9, § 5, de la Décision-cadre 2002/475, d'une clause générale quelque peu sibylline en vertu de laquelle l'harmonisation ainsi réalisée au niveau de l'Union « n'exclut pas l'exercice d'une compétence en matière pénale établie par un Etat membre conformément à sa législation nationale ».

informer l'Etat membre requérant des poursuites engagées et de leur résultat[28]. On songe également à la remarquable clause de l'article 9, § 1er, a), de la Décision-cadre 2002/475, qui prévoit que chaque Etat membre « peut étendre sa compétence si l'infraction a été commise sur le territoire d'un [autre] Etat membre ». Enfin, on épinglera l'article 9, § 1er, e), de cette même Décision-cadre, qui étend la compétence personnelle passive aux institutions et organismes de l'Union ayant leur siège dans l'Etat membre concerné, et à l'article 6, § 1er, d), du Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui étend la compétence personnelle active aux fonctionnaires des institutions et organismes de l'Union ayant leur siège dans l'Etat membre concerné.

D'autre part, le législateur européen manifeste le souci de prévenir les conflits *positifs* de compétence, qui visent les situations dans lesquelles plusieurs Etats membres se trouvent simultanément compétents pour poursuivre et juger une même infraction. Les Etats membres sont ainsi explicitement invités à coopérer pour résoudre d'éventuels conflits de compétence, le cas échéant en sollicitant l'aide d'Eurojust[29] ou de tout autre organe de l'Union compétent à cette fin[30]. Par ailleurs, si on a évoqué plus haut l'absence de liste transversale de critères de compétence extraterritoriale susceptible de coordonner l'application extraterritoriale des droits pénaux nationaux, il nous faut maintenant ajouter que de nombreuses législations sectorielles s'aventurent à dresser une telle liste, qui comprend généralement la compétence territoriale, la compétence personnelle active, la compétence personnelle passive et la compétence de l'Etat sur le territoire duquel l'auteur a été trouvé. Cette liste est exprimée en termes tantôt facultatifs[31] ou recommandatoires[32], tantôt impératifs[33]. Tantôt elle établit un ordre de préséance entre les critères qu'elle énumère[34], tantôt elle s'en abstient[35].

3. L'harmonisation renforcée – la protection des intérêts de l'Union

Certaines législations européennes traitant de la compétence extraterritoriale ne semblent pas sous-tendues par la nature transfrontière des infractions qu'elles visent ni animées par un objectif de coordination dans l'application des droits nationaux. Ces législations paraissent bien plutôt trouver leur fondement dans la commune appartenance des Etats membres à une organisation internationale très intégrée, et servir un objectif de protection des intérêts de cette organisation elle-même.

C'est en quelque sorte la « compétence réelle » de l'Union européenne qui se voit ici exercée par l'intermédiaire de ses Etats membres. Sans surprise, la définition des contours de cette compétence fait l'objet d'une harmonisation approfondie, qui concerne la protection des intérêts financiers et de la monnaie de l'Union, le droit douanier et le droit de la pêche.

Concernant la protection des intérêts financiers de l'Union tout d'abord, on observera que la Convention relative à la protection desdits intérêts impose aux Etats une manière de compétence universelle, les obligeant à établir leur compétence sur toute personne participant

[28] Art. 5, § 1er, b), de la Décision-cadre 2002/946 ; art. 5, § 2, de la Convention précitée relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ; art. 8, § 2, de la Convention précitée relative à la lutte contre la corruption ; art. 10, § 1er, b), de la Décision-cadre 2001/413.
[29] Voy. p. ex. art. 7, § 2, de la Décision-cadre 2008/841 précitée.
[30] Voy. p. ex. art. 9, § 2, de la Décision-cadre 2002/475 précitée.
[31] Voy. art. 10, § 4, de la Décision-cadre 2005/222 précitée.
[32] Voy. art. 7, § 2, de la Décision-cadre 2008/841 précitée.
[33] Voy. art. 9, § 2, de la Décision-cadre 2002/475 précitée.
[34] Voy. art. 9, § 2, de la Décision-cadre 2002/475 précitée ; art. 10, § 4, de la Décision-cadre 2005/222 précitée.
[35] Voy. art. 7, § 2, de la Décision-cadre 2008/841 précitée.

ou incitant à la perpétration d'une fraude aux intérêts de l'Union dès que cette personne se trouve sur son territoire, indépendamment de la nationalité de cette dernière et du lieu de l'infraction (art. 4, § 1er, 2e tiret). Dans la même perspective, on observera qu' « au moins les Etats membres ayant adopté l'euro prennent les mesures appropriées pour s'assurer que la contrefaçon, tout au moins à l'égard de l'euro, est passible de poursuites indépendamment de la nationalité de l'auteur de l'infraction et du lieu où elle a été commise »[36].

Quant au droit douanier ensuite, on notera la façon très minutieuse dont l'article 454 du Règlement n°2454/93[37] organise l'exercice, par les Etats membres, de la répression des infractions au code des douanes communautaire, allant jusqu'à établir un régime de présomption lorsque le lieu de l'infraction – et, partant, la compétence territoriale – ne peut être déterminé. Les Etats membres se voient ici privés de toute marge d'appréciation s'agissant de la mise en œuvre d'une législation parfaitement harmonisée au niveau européen de laquelle dépend une partie substantielle des ressources propres de l'Union.

Il n'en va pas différemment pour la politique européenne en matière de pêche et de contrôle des ressources piscicoles des mers de l'Union. L'article 1er, § 3, du Règlement n° 2847/93[38] prévoit ainsi que le régime de contrôle mis en place par ce même Règlement est applicable à tous les navires opérant sur le territoire et dans les eaux maritimes des Etats membres ainsi qu'à tous les navires de pêche communautaires qui opèrent dans les eaux d'Etats tiers ou en haute mer. L'article 31 du même Règlement fait de l'Etat membre de débarquement ou de transbordement l'Etat responsable du contrôle des pêches effectuées et, le cas échéant, de la répression des infractions aux quotas alloués aux opérateurs concernés. Cet Etat est autorisé à transférer la poursuite de l'infraction à l'Etat membre d'enregistrement du navire mis en cause à la seule condition que ce transfert soit de nature à garantir une répression plus efficace. L'Etat membre qui manquerait à cette obligation de poursuivre ou d'extrader s'expose du reste lui-même à des sanctions dès lors que « les quantités illégalement débarquées ou transbordées peuvent être imputées sur le quota alloué à ce premier Etat membre » (art. 32, § 2). Par ailleurs, le Règlement n° 1010/2009[39] prévoit, dans le détail, les modalités de coopération entre les Etats membres dans la détection des infractions à la réglementation en matière de pêche.

On l'aura compris, l'intervention du législateur européen se fait ici plus invasive, plus prégnante que lorsqu'elle poursuit un seul objectif de coordination. Certes, il conviendrait sans doute d'affiner l'analyse en notant que la protection des intérêts financiers de l'Union laisse elle-même aux Etats une liberté plus grande que celle dont ils jouissent dans la mise en œuvre du droit douanier et la répression des infractions à la législation en matière de pêche. On concédera par ailleurs que toutes ces mesures – singulièrement celles qui concernent la matière douanière – ne relèvent pas du champ pénal *stricto sensu*.

Il n'empêche. Il nous semble qu'il y a dans ces législations quelque chose de commun qui les distingue des législations adoptées traditionnellement dans le cadre de la coopération

[36] Décision-cadre 2000/383 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (*J.O.*, 2000, L 140/1).
[37] Règlement de la Commission fixant certaines dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire (*J.O.*, 1993, L 253/1).
[38] Règlement n°2847/93 du Conseil instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche (*J.O.*, 1993, L 261/1).
[39] Règlement n°1010/2009 de la Commission portant modalités d'application du règlement n°1005/2008 du Conseil établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (*J.O.*, 2009, L 280/5).

policière et judiciaire en matière pénale. Ce point commun concerne autant les fondement et objectif de ces mesures – la protection des intérêts de l'Union – que le degré d'harmonisation auquel elles procèdent.

4. L'unification – la protection de l'ordre social de l'Union

Il est certains domaines dans lesquels l'Union européenne manie elle-même le pouvoir répressif. Dans les limites de la présente contribution, on en mentionnera brièvement deux.

Le première concerne le droit de la concurrence, qui interdit aux entreprises de participer à des ententes (art. 101 TFUE) ou de commettre des abus de position dominante (art. 102 TFUE) qui auraient pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le marché intérieur et d'affecter substantiellement le commerce entre Etats membres.

Il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice que cette interdiction ne connaît pas de frontière.

Dans un premier temps, en vertu de la « doctrine de l'entité économique », la Cour de justice a considéré qu'une société mère établie en dehors de l'Union européenne pouvait se voir sanctionnée pour une infraction au droit de la concurrence commise par une filiale implantée dans un Etat membre[40]. Ensuite, par application de la « doctrine de la mise en œuvre », la Cour a estimé que le lieu de l'infraction et la nationalité des entreprises concernées importaient peu dès lors que sa mise en œuvre (par exemple, l'application d'un accord sur les prix) avait lieu au sein de l'Union européenne[41]. Enfin, dans le domaine du contrôle des concentrations, le Tribunal de l'Union européenne a avalisé la fameuse *effects doctrine*, jugeant que le droit européen s'applique à une concentration d'entreprises dès lors « qu'il est prévisible que [celle-ci] produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté »[42].

La Commission européenne a de tout temps considéré que cette *effects doctrine*, qui trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine[43], s'applique à l'ensemble du droit européen de la concurrence[44]. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, la Commission expose à ce sujet que « [l]es articles [101] et [102] s'appliquent aux accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, même si une ou plusieurs des parties sont établies à l'extérieur de la Communauté. Les articles [101] et [102] s'appliquent quel que soit le lieu d'établissement des entreprises ou le lieu de conclusion de l'accord, à condition que l'accord ou la pratique soit mis en œuvre *ou ait des effets* à l'intérieur de la Communauté. Les articles [101] et [102] peuvent aussi s'appliquer aux accords et pratiques concernant des pays tiers, dès lors qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres »[45].

Si la Cour n'a jamais explicitement reconnu l'*effects doctrine*, force est de reconnaître qu'elle ne l'a jamais non plus rejetée, pas plus qu'elle n'a conclu à l'inapplicabilité *ratione loci* des

[40] Voy. p. ex. C-48/69 *ICI c. Commission*, 14 juillet 1972, *Rec.*, p. 622.
[41] C-89/85 e.a. *Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission*, *Rec.*, p. 5193, 27 septembre 1988, pts 11-18.
[42] T-102/96 *Gencor c. Commission*, 25 mars 1999, *Rec.*, p. II-759, pt. 90.
[43] Voy. la célèbre décision « Alcoa » : *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416.
[44] Voy. not. la position défendue par la Commission dans l'affaire C-48/69 *ICI c. Commission* précitée, spéc. p. 629-230 : « la compétence de [la Communauté] serait justifiée en raison des effets économiques que ce comportement a produits sur le marché commun et de l'atteinte qui en résulte pour l'ordre public de la Communauté en matière de droit des ententes ».
[45] Para. 100 (*J.O.*, 2004, C 101/81). Nous soulignons.

articles 101 et 102 TFUE lorsqu'étaient en cause des pratiques déployant leurs effets dans le marché intérieur.

La lutte contre le terrorisme constitue un autre domaine dans lequel émerge un pouvoir répressif proprement européen, dont le champ d'application territorial obéit à des règles unifiées. On pense ici aux mesures de gel de fonds adoptées par l'Union européenne, obligeant les banques, compagnies d'assurances et autres institutions financières à bloquer tous les avoirs de personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme. Les règlements instituant ces mesures s'appliquent non seulement au territoire de l'Union, aux aéronefs et navires relevant de la juridiction d'un Etat membre et aux personnes (morales et physiques) ressortissant d'un Etat membre, mais aussi à « tout groupe ou toute entité qui entretiennent des relations commerciales dans la Communauté »[46]. Là encore, force est d'observer que non seulement la compétence extraterritoriale fait l'objet d'une harmonisation complète, mais qu'elle est en outre définie de façon ambitieuse.

Quels sont les fondement et objectif de telles actions répressives unifiées, qui se déploient dans des domaines aussi différents que le droit de la concurrence et la lutte contre le terrorisme ? On fait l'hypothèse que le fondement de cet embryon de droit européen pénal – par opposition au droit pénal européen – réside précisément dans son apparence non pénale et dans les liens qui l'unissent avec l' « ADN économique » de l'Union européenne.

On notera à cet égard que ni les sanctions infligées aux auteurs de pratiques anti-concurrentielles, ni les mesures de gel d'avoirs de supposés terroristes ne ressortissent au droit pénal *stricto sensu*, bien que l'une comme l'autre gravitent à sa périphérie – la coloration pénale des premières[47] étant sans doute plus marquée que celle des secondes[48]. Et il n'est pas interdit de penser que le fait que ces mesures ne soient pas marquées du sceau officiel du droit « odieux » rend leur adoption par l'Union européenne plus acceptable aux yeux d'Etats membres traditionnellement jaloux de leurs prérogatives pénales.

A cette première caractéristique s'ajoute la nature économique de l'intervention européenne. Dans le premier cas, il est patent que l'autorité européenne agit dans sa « zone de confort », s'efforçant de préserver le bon fonctionnement du marché intérieur et de la libre concurrence au moyen de sanctions purement financières. Dans le second cas, c'est encore en effectuant un lien – périlleux – avec le marché intérieur que la Cour de justice a pu valider la compétence de l'Union[49].

---

[46] Art. 10 du Règlement n° 2580/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (*J.O.*, 2001, L 344/70). *Adde*, *mutatis mutandis*, Art. 11 du Règlement n° 881/2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées au réseau Al-Qaida (*J.O.*, L 139/9).

[47] Pour une analyse de la nature (pénale ou non) des sanctions infligées au titre du droit de la concurrence, voy. p. ex. A. BAILLEUX, « Fifty shades of grey – Competition law and criministrative law », in E. BRIBOSIA (dir.), *Do labels still matter? The increasing blur of the border between administrative and criminal law within the EU*, à paraître.

[48] Pour une analyse de la nature (pénale ou non) des mesures de gels d'avoirs dans l'Union européenne, voy. p. ex. R. PIJNEN, « Terrorism Lists and Freezing of Assets. Getting behind Appearances », *eucrim*, 2011/4, p. 167-171 ; M. VAN DEN BROECK, M. HAZELHORST, W. DE ZANGER, « Asset Freezing : Smart Sanction or Criminal Charge ? », *Utrecht Journal of International and European Law*, 2010, vol. 27, n°72, p. 18-27.

[49] C-402/05 et C-415/05 P *Kadi e.a. c. Conseil*, 3 septembre 2008, *Rec.*, p. I-6351, pt. 230 : « En effet, si des mesures économiques et financières telles que celles imposées par le règlement litigieux, consistant dans un gel, en principe généralisé, de tous les fonds et autres ressources économiques des personnes et entités visées, étaient imposées unilatéralement par chaque État membre, une prolifération de ces mesures nationales serait susceptible d'affecter le fonctionnement du marché commun. De telles mesures pourraient en particulier avoir une incidence

Ceci nous amène à la question des objectifs de cette action répressive unifiée. On voudrait hasarder l'idée que c'est la protection de l' « ordre social » de l'Union, pour reprendre les termes de R. Van Steenberghe, qui motive l'intervention du législateur européen par-delà les frontières de l'Union. Le cas de la concurrence est ici encore évident, tant il paraît indiscutable que le principe d'une concurrence libre et non faussée ressortit à l'ordre public de l'Union européenne[50]. Il est permis de penser qu'il en va de même de la lutte contre le terrorisme. Certes, pas plus que la politique de concurrence la lutte contre le terrorisme n'est l'apanage de l'Union européenne. Mais il faut reconnaître qu'en désignant un coordinateur de la lutte contre le terrorisme, en instaurant une journée de commémoration des victimes du terrorisme (le 11 mars, date anniversaire des attentats de Madrid), ou encore en affirmant que les actes de terrorisme sont des attaques contre les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée[51], le Conseil européen a placé la lutte contre le terrorisme au cœur de l'action européenne – une lutte qui ne se limite ni à la coordination des politiques nationales, ni à la défense des intérêts de l'Union.

Conclusion

Au terme de ce trop bref survol d'une question assurément complexe, qu'il nous soit permis d'en rappeler brièvement l'idée-force. Cette idée, c'est celle d'une harmonisation par paliers de la compétence pénale extraterritoriale, qui se traduit par une intervention plus ou moins prégnante de l'Union européenne. Celle-ci endosse tour à tour les rôles de gardien des règles du jeu (1), de coordinateur (2), de chef d'orchestre (3) et de gendarme (4), agissant sur des fondements et en vue d'objectifs chaque fois différents.

Reste à voir si cette idée, pour autant qu'on la juge convaincante, peut être généralisée à l'action pénale de l'Union européenne dans son ensemble et si, à travers le cas particulier de l'européanisation de la compétence extraterritoriale, nos « intuitions » quant aux fondements et objectifs de cette dernière peut nourrir la réflexion plus large dans laquelle elles s'insèrent.

sur les échanges entre les États membres, notamment pour ce qui concerne le mouvement des capitaux et des paiements, ainsi que sur l'exercice par des opérateurs économiques de leur droit d'établissement. En outre, il pourrait en résulter des distorsions de concurrence, dès lors que d'éventuelles différences entre les mesures prises unilatéralement par les États membres pourraient avantager la position concurrentielle de certains opérateurs économiques ou préjudicier à celle-ci sans que ces avantages ou désavantages soient fondés sur des raisons économiques.»

[50] Le caractère d'ordre public de l'article 101 du TFUE a été consacré par la Cour dans l'affaire C-126/97 *Eco Swiss*, 1er juin 1999, *Rec.*, p. I-3055, pt. 40. L'obligation pour les juges nationaux d'appliquer d'office les articles 101 et 102 TFUE a été explicitement instaurée dans l'affaire C-295/04 à C-298/04 *Manfredi*, 13 juillet 2006, *Rec.*, p. I-6619, pt. 31. Voy. encore l'affirmation de la Commission dans l'affaire précitée *ICI c. Commission*, *Rec.* p. 629 : « le maintien de l'ordre économique d'un pays et la préservation de la liberté d'action des agents économiques constituent, pour chaque Etat, un intérêt légitime majeur. La législation communautaire sur les ententes rel[ève] [selon la Commission] de l'ordre public de la Communauté ».

[51] Voy. la Déclaration du Conseil européen du 25 mars 2004 sur la lutte contre le terrorisme, consultable à l'adresse : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/DECL-25.3.pdf.