

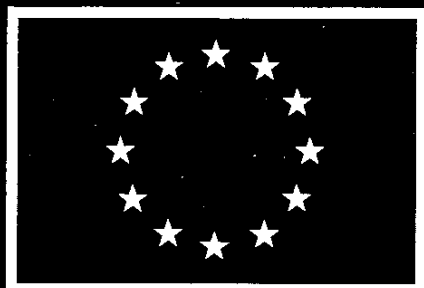
N°

24

7ème année
Octobre 1999

AGON

BULLETIN TRIMESTRIEL



Associations des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes

Associations of lawyers for the protection of the financial interests of the European Communities

Juristenvereinigungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften

UN VEILLEUR POUR L'EUROPE*

2

Décidément la construction de l'Europe ne suit aucun modèle connu, aucun schéma préétabli. On le constate même dans un domaine aussi sensible que celui des fraudes contre le budget européen, rarement détectées et plus rarement encore poursuivies et jugées, alors que leur montant se chiffre en milliards d'euros. Après le choc de la démission de la Commission, en mars dernier, le moment pouvait sembler propice pour créer le parquet européen recommandé par le Parlement européen depuis des années. D'autant que le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai, donne au Parlement et à la Commission de nouveaux pouvoirs en matière de lutte contre la fraude.

Intitulé "comité de surveillance", l'organe créé dès le 25 mai, sur la base du nouveau traité, par le règlement n° 1073/1999 du Parlement et du Conseil, sans équivalent dans les États membres, est conçu comme un comité de sages, chargé de veiller sur l'indépendance de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF), qui succède selon le même texte à l'ancienne Unité pour la coordination de la lutte anti-fraude (UCLAF). Car le changement n'est pas seulement sémantique. Il s'agit de renforcer la lutte contre "la fraude, la corruption et toute autre activité illégale préjudiciable aux intérêts financiers des Communautés" en élargissant les possibilités d'enquête. Aux enquêtes traditionnelles, dites "externes", qui impliquent des contrôles et des vérifications sur place dans les États membres et concernent les fraudes commises par des individus ou des entreprises, sont ajoutées des enquêtes "internes", effectuées à l'intérieur des institutions européennes elles-mêmes. Il est clair qu'une telle mission ne peut être accomplie de façon effective et efficace que si l'indépendance de l'Office est garantie dans l'exercice de ses activités. L'objectif est donc affiché d'emblée : "le comité de surveillance, par le contrôle régulier qu'il exerce sur l'exécution de la fonction d'enquête, conforte l'indépendance de l'Office".

En somme, la construction pénale européenne est conçue de façon empirique, en commençant par la base :

se donner les moyens de détecter les fraudes avant de créer l'autorité judiciaire chargée de les poursuivre. Jusqu'à présent en effet, la difficulté majeure se tient là : d'un côté les États, peu motivés pour enquêter dans des affaires qui ne les concernent qu'indirectement, sont mal équipés pour mener des investigations à caractère le plus souvent transnational; de l'autre, l'Unité de lutte anti-fraude, placée sous l'autorité du secrétariat général de la Commission européenne, n'avait ni les moyens matériels, ni le statut juridique adéquat.

Il aura fallu une volonté politique exceptionnelle pour que les cinq membres du comité soient nommés "d'un commun accord" par les trois institutions concernées : le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne (donc les gouvernements des quinze États membres) et la Commission des Communautés. Le règlement indique que, tels le procureur du tribunal pénal de La Haye ou celui de la Cour pénale internationale, ils "ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun gouvernement ni d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme". Situé à l'interface entre les enquêteurs de l'Office et les institutions politiques, nationales et européennes, le comité donne des avis au directeur, soit à la demande de celui-ci, soit de sa propre initiative. Autrement dit, il se voit reconnaître le pouvoir essentiel de se saisir lui-même, même quand personne ne le lui demande, chaque fois qu'il l'estime nécessaire. Il reste à savoir si les moyens seront à la hauteur des ambitions affichées. S'il convient d'éviter que le veilleur se transforme en un organe de direction qui piloterait les activités de l'Office au risque d'empiéter sur les prérogatives du directeur, il ne serait pas moins regrettable qu'il devienne l'alibi d'une indépendance plus formelle que réelle.

Deux échéances vont très vite permettre de tester l'efficacité du dispositif et la bonne volonté des institutions européennes : après l'appel à candidature publié au *Journal officiel des Communautés*, devrait intervenir dans les prochains mois la nomination du directeur de l'Office, désigné par la Commission, "après avis favo-

* Cet article a été publié au Recueil Dalloz, Paris, 25 septembre 1999, n° 33, "pages roses".

¹ M. Edmondo BRUTI LIBERATI, procureur à Milan et ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature (coauteur de l'Appel de Genève), M. Jose Narciso DA CUNHA RODRIGUES, procureur général de la République du Portugal, Mme Mireille DELMAS-MARTY, professeur à l'Université de Paris 1 (élu présidente par les autres membres lors de la réunion constitutive), M. Raymond KENDALL, secrétaire général d'INTERPOL, M. Harald NOACK, avocat au barreau de Francfort, ancien conseiller à la Cour des comptes fédérale d'Allemagne.

rabie du comité de surveillance" et après "concertation avec le Parlement européen et le Conseil"; parallèlement, sera adopté, sur la base du projet soumis pour avis au comité, le budget de l'Office qui conditionne la possibilité de mettre en place sans retard les nouveaux services et de recruter le personnel nécessaire à l'exercice des nouvelles fonctions de l'Office. Les institutions seront alors dans l'obligation de donner une réponse claire à la question de savoir si elles veulent donner suite à leur volonté affichée de doter l'OLAF de l'autonomie financière, l'une des premières conditions de son indépendance.

Mais le dispositif mis en place est encore inachevé. L'empirisme, qui permet à la construction européenne d'avancer en contournant les obstacles, implique des institutions évolutives et imaginatives. Garantir l'indépendance des enquêteurs n'est encore qu'une étape dans le long processus annoncé par le traité d'Amsterdam qui se donne comme objectif de maintenir et développer dans l'Union européenne "un espace de liberté, de sécurité et de justice". Au-delà de la coopération pour combattre la criminalité *en* Europe, la détection systématique des fraudes *contre* l'Europe appelle des moyens nouveaux pour assurer leur poursuite et leur jugement. Façon de préparer la voie vers un droit pénal européen déjà annoncé (*Le Monde*, 6 août 1999).

L'objectif est d'ailleurs clairement tracé par le second rapport du Comité des experts indépendants (*Le Monde*, 12-13 septembre 1999) qui souligne à son tour la nécessité de créer un parquet européen et fait référence à l'étude du *Corpus juris* (Economica, 1997, étude complémentaire à paraître, 1999). Le veilleur devra jouer aussi le rôle d'un éclaireur et d'un éveilleur.

Mireille DELMAS-MARTY,
Professeur à l'Université de Paris 1,
membre de l'Institut universitaire de France

CORPUS JURIS, EUROPEAN PUBLIC PROSECUTION AND NATIONAL TRIALS FOR EUROCRIMES:

'IS THERE A NEED FOR A EUROPEAN PRE-TRIAL CHAMBER ?' *

4

The authors of the *Corpus Juris* propose the creation of a *European Public Prosecutor* (EPP) who would be competent to investigate and prosecute crimes against the financial interests of the European Union ("eurocrimes") throughout the territory of the 15 Member States. For that purpose, this territory would constitute a single legal unit, the *European legal area*.

A *follow-up study* of the implementation of the *corpus* has been conducted in the 15 Member States at the request of the European Commission and the European Parliament. The results of this study will be published in the beginning of next year¹. One of the questions emerging from the study is the question of the choice of the competent forum: in which of the 15 Member States composing the European legal area will perpetrators of eurocrimes eventually be tried, once pre-trial investigations, conducted by and on behalf of the European Public Prosecutor have come to an end?

Examining this question more closely as part of the *follow-up study*, I reached the conclusion that the choice of the forum should not be left to the discretion of the European Public Prosecutor only, but should be made under the control of a European pre-trial chamber. This idea was discussed at a colloquium on the implementation of the *Corpus Juris* in Florence (May 1999), to which delegates of the Associations of European Jurists for the Protection of the Financial Interests of the EU participated, together with the members of the Board of Directors of the *follow-up study*. Through this article, I would like to invite the readers of *Agon* to join us in the debate.

1. *The EPP and the national criminal courts of the 15 member states*

The *Corpus Juris* does not advocate the creation of a European criminal court like the ad hoc criminal courts of The Hague and Arusha or a permanent International Criminal Court like the one set up by the Treaty of Rome

(1998). It only proposes the creation of a European prosecution service, while keeping the judicial systems of the Member States intact. Whereas the EPP and his delegates in the Member States would conduct investigations concerning eurocrimes and prosecute such crimes on a Union-wide level, it would be for *national* courts to issue arrest and search warrants and to pass judgements and sentences. The underlying philosophy is the aim to achieve a balance between a limited "europeanisation" of the suppression of eurocrimes on the one hand, and the wish to keep the judiciaries of the 15 Member States intact on the other.

Quite obviously, fitting together a *European* prosecution system and 15 national legal systems is not an easy matter. It would have been easier to propose the creation of a European criminal court and, in doing so, to avoid the problems resulting from the lack of an *interface* between the European level of prosecuting eurocrimes and the national level of judging and sentencing the perpetrators of such crimes. Yet the authors of the *corpus* wanted the financial interests of the European Union to be protected by national judges. The system advocated is one where *national* courts, when trying eurocrimes, would act as community judges, just as they are already doing in most other legal disciplines.

The point where this lack of an *interface* may be problematic is that of the *choice of the forum* to which defendants in cases of transeuropean eurocrimes will be sent for trial. The problem results from the principle of European territoriality, which is the central idea around which the whole *corpus* is built (art. 18(1)). According to this principle, the territories of the Member States of the Union constitute a single jurisdictional unit for the purposes of investigating, prosecuting, trying and sentencing perpetrators of eurocrimes. The European public prosecutor can bring prosecutions and conduct investigations for such crimes across the whole area (art. 24(1a)). Warrants issued by national judges of freedoms (art. 24(1b)) and judgements rendered by the courts in any of the Member States (art. 24(1c)) are valid and can be

* This article is based on "*Corpus juris*, parquet européen et juge national : Vers une chambre préliminaire ?" by the same author, *Agon*, August 1999.

M. DELMAS-MARTY & J.A.E. VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances*, Intersentia, 2000, 4 volumes.

enforced throughout the area. In other words, the competence *ratione loci* of the European Public Prosecutor and of the national judges who issue warrants or pronounce judgements in relation to eurocrimes covers the entire European legal area.

2. European territoriality and concurrent jurisdiction of the trial courts in the 15 member states

The principle of European territoriality in respect of eurocrimes quite obviously leads to *concurrent jurisdiction* of the courts of the 15 Member States. As the territory of the 15 Member States would be one single jurisdictional unit, *all* Member States would have territorial jurisdiction over eurocrimes committed throughout the European legal area. Where transeuropean frauds are committed across several Member States, all these States would be equally competent to try the case. Yet, several courts at once cannot quite obviously, try the same case in different Member States. This would not only be unpractical; it would also infringe the basic principle of *non bis in idem*. Amongst the many potentially competent trial courts, a court will thus have to be chosen, once pre-trial investigations have ended and the case is committed for trial to a (national) trial court. In cases where investigations have been conducted in more than one Member State, it should be possible to "concentrate" the different branches of the case in the Member State that seems to be the most appropriate to try the case in its entirety.

This problem, however, is not specific for the European territoriality principle advocated by the *Corpus Juris*. In the case of purely national investigations, concurrent jurisdiction may also exist in situations where several courts are equally competent to try (branches of) the same case. For example, where several persons are involved in frauds located in different places within the same country, the courts of these different places may all be competent to try the case. In such situations, a choice may have to be made between different courts with concurrent jurisdiction and the case may be "concentrated" in one of them if appropriate.

However, the analogy with national law fails to appear on a crucial point. Where, in a purely domestic

context, the choice of the *forum* has no impact on the applicable law, the choice of a foreign *forum* in a transeuropean case will necessarily imply that the case will be judged by the criminal courts of another State. This court will proceed according to its own *lex fori*, i.e. according to its own substantive criminal law and according to its own rules of criminal procedure and evidence². Despite the fact that the *Corpus Juris* unifies the definition of certain crimes against the European Union (art. 1-8), no unification exists as to the penalties (art. 9-17) or as to the rules of procedure and evidence (art. 18-34). Consequently, divergences between various national systems will subsist. In other words: the *Corpus Juris* limits, but does not suppress divergences in both substantive and procedural law resulting from the choice of a *forum*.

In the case of transeuropean frauds committed across several Member States involving several persons of different nationalities, the persons concerned (accused, witnesses, victims) may have divergent interests when it comes to the choice of a *forum* where the case will be referred to for judgement. Defendants of Member State A may prefer to be tried in State A, whereas defendants of States B, C and D may insist upon being tried in their respective home countries. The victims may yet prefer another state, for example a state that applies a *partie civile*-system. From the point of view of the prosecutorial authority, the more convenient forum may well be the Member State where the expected penalty is the most severe, or the Member State where the rules of evidence are more favourable to the case of the prosecution. The question therefore is: *where*, given all these potentially diverging interests, a particular case involving eurocrimes will be sent for trial, and *who* will be competent to make the decision? Accordingly, criteria must be developed to determine both the choice of the forum and the person or authority who is competent to make this choice.

3. The choice of the competent forum

Art. 26(2) of the *Corpus Juris* sets out criteria in order to determine the choice of the *forum*. The choice of the national court to which the case will be committed for trial is based on the notion of an "efficient administration of justice". Art. 26(2) reads as follows:

"Each case is judged in the Member State which seems appropriate in the interests of efficient administration of jus-

² VANDER BEKEN, T. *Forumkeuze in het internationaal strafrecht. Verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten*, Maklu Uitgevers, 1999, p. 486.

tice, any conflict of jurisdiction being settled according to the rules set out hereafter (Article 28). The principal criteria for the choice are the following:

- (a) the State where the greater part of the evidence is found;
- (b) the State of residence or of nationality of the accused, or of the principal persons accused;
- (c) the State where the economic impact of the offence is the greatest".

This article has been criticised because it fails to address the question of concurrent jurisdiction. A way to assess this criticism is to look at national legal systems and to examine how problems of this kind are resolved domestically. In other words: how do national legal systems deal with conflicts of jurisdiction between domestic courts that have concurrent jurisdiction in respect of the same case? The answer varies from a Member State to another. Yet most legal systems seem to apply, in one way or another, the criterion of an "efficient administration of justice" by referring the case to the trial court that is the most appropriate to try the case.

In international criminal law, the answer is not different. Criteria of an "efficient administration of justice" have been adopted in such conventions as the Council of Europe Convention on the transfer of proceedings in criminal matters and on the execution of foreign criminal sentences. For example, art. 8(1) of the European Convention on the Transfer of Proceedings (1972) lists the following criteria: the residence and nationality of the accused, the existence of other sentences or pending prosecutions, the interest of discovering the truth, the localisation of the most important items of evidence, the prospects of rehabilitation, the possibility for the accused to attend the hearing. Comparable criteria have been incorporated in art. 6 of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgements (1970). The criteria provided by these instruments do not aim at establishing a ranking in priority between jurisdictions; they only set out the principles that may guide authorities in making the choice of the forum, in the interests of an efficient administration of justice.

As the criteria listed in the European Convention indicate, the notion of an "efficient administration of justice"

does not only refer to the needs of a speedy and efficient trial of the suspect in the interests of the prosecution, but also to humanitarian considerations including rehabilitation, fair trial rights, etc. Accordingly, a balance should be achieved between the needs of the prosecution and the protection of the rights and interests of suspects, witnesses and victims.

The impossibility to establish a ranking in priority between different states with concurrent jurisdiction and the resulting flexibility for the authority that has to make a choice is problematic. One could imagine hypothetical situations where different parties to the same eurocrime would have divergent interests in the choice of the forum. One could imagine a case with defendants of different Member States who would like the case to be committed to their respective national judge, in pursuance of art. 26(2b). One could also imagine, in the same case, that the European Public Prosecutor would want to refer the case for trial to the courts of the Member State where the greater part of the evidence is found (art. 26(2a)) or where the economic impact is the greatest (art. 26(2c)). In these concrete cases, who will have to choose the competent *forum* where the interests of the various "players" in the proceeding diverge?

4. Who makes the choice of the forum?

4.1. The European Public Prosecutor?

In national law, the choice of the *forum*, in the case of concurrent jurisdiction between various domestic trial courts, is usually made by the public prosecutor, often subject to some sort of judicial control by a court of law. In certain Member States, there are special pre-trial courts that decide about the choice of the competent forum and whether there is a *prima facie case* against the accused².

In the *Corpus Juris*, it was logical to attribute this decision to the European Public Prosecutor. According to art. 21 § 1, the European Delegate Public Prosecutor

²The following states have specialised pre-trial courts that act as committal chambers: *Belgium* (chambre du conseil), *France* (Chambre d'accusation) and *Italy* (giudice dell'udienza preliminare). The jurisdiction of these courts varies from one state to another. Often, they are competent to assess whether the evidence supporting the case of the prosecution is sufficient to refer the case to the trial court (*prima facie case*). Other states, on the contrary, do not have pre-trial courts. In these states, the decision about the sufficiency of the evidence and the legality of the evidence is left to the trial courts (e.g. Zwischenverfahren in *Germany*). See VAN DEN WYNGAERT, C. et al. (ed.), *Criminal procedure systems in the European Community*, London, Butterworths, 1993, 408p.; DELMAS-MARTY, M., *Procédures pénales d'Europe*, Themis, 1995, 658p.

(EDPP), when he considers investigations to be completed, decides, under the authority of the European Public Prosecutor, either to make a decision not to prosecute, or to bring the case to court.

This decision is, however, made under the control of the judge of freedoms. Art. 25(3) states:

"At the end of the preparatory stage, if he decides to commit the case to trial (cf. Article 21(1&3)), the EDPP submits this decision to the judge of freedoms who check the lawfulness of all the proceedings, excludes if necessary any evidence obtained in breach of the rules below (Article 32) and seizes the court of trial, according to the rules set out hereafter (Article 26)."

In spite of this control, the choice will, in practice, be made by the European Public Prosecutor, even if, according to art. 25(3), it is the judge of freedoms who actually "seizes" the trial court. The control exercised by the judge of freedoms under art. 25(3) is the control of a committal judge, i.e. a judge who, at the end of the pre-trial stage, decides either to refer a case for trial to the trial court, or to drop the case and discharge the suspect.

If the judge of freedoms decides to refer the case to a trial court, it would, most likely, be the trial court of the state where the judge is located. The more unlikely situation would be where a committal judge of Member State A would have the power to seize trial courts in Member State B. There is, to my knowledge, no state where the latter option exists.

Consequently, the choice of the judge of freedoms of a particular Member State by European Public Prosecutor will, indirectly, determine the forum where the case will be tried at the end of the pre-trial investigations. In other words: the choice of the competent forums, *de facto*, with the European Public Prosecutor, despite the language of art. 25(3). As a result, there is no control over the application of the criteria set out in art. 26(2) by the European Public Prosecutor. Defendants and victims will have no judicial protection against practices of *jurisdiction shopping* by the EPP.

4.2. The (national) judge of freedoms ?

The question therefore arises therefore whether the judge of freedoms should, at the end of a pre-trial investigation, be able to *effectively* appreciate the application of the criteria set out in art. 26(2) and if necessary, be competent to seize a trial court in *another* Member State.

Imagine a subsidy fraud committed by Portuguese citizens in Portugal. Assume that part of the evidence is located in Finland and that investigations were conducted, on behalf of the European Public Prosecutor, in Finland. Suppose that

a Finnish judge of freedoms has seized documents on the request of the European Public Prosecutor. At the end of the investigation, it would be for the Finnish judge of freedoms to close the investigation and to refer the case to the trial judge, in accordance with art.25(3). According to paragraphs b) and c) of the article 26(2), it would seem that the most appropriate place to bring the case would be Portugal. Consequently, one could imagine the Finnish judge of freedoms committing the case for trial to the competent Portuguese court.

There are other typical cases where one could imagine a judge of freedoms of country A referring a case for trial to a court in country B. One could, for example think of investigations where several judges of freedoms have been seized with different branches of the same case concerning a given (set of) eurocrime(s).

Take a VAT-*carousel* in several Member States, which leads to searches and seizures in Ireland, Austria, Spain, Italy and Belgium. Assume that investigations have not been centralised in the hands of only one judge of freedoms as from the outset and that judges of freedoms in each of the States mentioned above have issued the warrants (art. 20(3d)). Let us suppose that most of the accused persons are Italians, residing in Italy and that, on the grounds set out in art. 26(2b), the European Public Prosecutor would want to the matter for trial to the courts in Italy. In this case, one could imagine the judges of freedoms that were seized in Ireland, Austria, Spain and Belgium to have the power to commit the case for trial to the Italian trial courts.

The question, however, arises whether it is realistic to confer powers of this kind to *national* judges of freedoms. Is it conceivable for a national judge of freedoms acting like a committal judge to directly refer a case to a criminal court in another country ? Taking into account the "asymmetry" of the judicial organisation in the Member States, this proposition does not seem to be very practical. It would indeed require the judges of freedoms in the fifteen Member States to be perfectly acquainted with the judicial organisation in the other Member States. It would require them to have an overview the various trans-European branches involving the case under consideration. Only then could they assess in which state the different branches of the case should be "centralised". Without this information, it would be nearly impossible for a judge of freedoms to apply the criteria listed in art. 26(2), which presupposes an overview of all the elements of the case, including evidence available in another Member State.

There may be other very important practical reasons for not conferring this power upon *national* judges of liberties acting as committal courts. Some Member States offer wide possibilities of appeals (and sometimes cassation) against decisions of committal courts. This may not only cause delays, but also create disparities between

Member States that allow and those that do not allow such remedies⁴. A more serious disparity may result from the fact that in some Member States, pre-trial courts have the power to exclude illegally obtained evidence, whereas in other Member States this exclusion can only be decided by trial courts⁵.

The conclusion therefore is that to confer this control upon the national judge of freedoms, such as provided in art. 25(3) of the *Corpus Juris* as it stands now, does not seem to be the ideal solution.

4.3. A European pre-trial Court ?

Should the choice of the forum be made by (or under the control of) a *European* judicial authority, rather than by a national judge of freedoms? I believe it should.

The *Corpus Juris* does provide a "European" control in art. 28(1) c, which reads as follows:

"The Court of Justice has jurisdiction to rule on offences as defined above (Articles 1 to 8) in three cases: [...] c) on the request of the EPP or a national legal authority on conflicts of jurisdiction regarding application of the rules on the principle of European territoriality, concerning both the public prosecution service (Articles 18 and 24) and the exercise of judicial control by national courts (Articles 25 to 27)".

The control, as it is proposed now, operates as an *appeal* that can be used *a posteriori*, after a conflict of jurisdiction has already arisen. It is not a decision about the committal of a case (which is normally taken at the end of the pre-trial stage, before the trial on the merits begins) but a decision concerning a conflict of jurisdiction.

I believe that this control should come at an earlier stage, on the moment where the preparatory investigation is closed by the European Public Prosecutor. If this control were to be introduced *upstream*, before the case has been referred to the (national) trial court, the control *downstream* in art. 28 (1)c could be suppressed. One could imagine a chamber of the European Court of Justice, sitting as a pre-trial committal Chamber. This court could operate in such a way that it could hold hear-

ings, not only in Luxembourg or in Brussels, but across the whole territory of the European Union, like the circuit courts of appeal in certain common law countries.

The proposed pre-trial court would be the judicial counterpart of the European Public Prosecutor. It would operate (either *ex officio*, or at the request of one of the parties) at the end of pre-trial investigations by the EPP, when the matter is referred to the national trial court. The European pre-trial chamber would decide about the sufficiency of the evidence and the choice of a *forum*. Acting on a European level, it would have the overview of the different branches of transeuropean eurocrimes and be in a better position to assess the application of the criteria set forth in art. 26 (2) of the *Corpus Juris* than the national judge of freedoms.

5. Conclusion

The *Corpus Juris* confers two very different functions upon the (national) judge of freedoms: he is competent to issue warrants (arrest, search, etc.) and he acts as a committal judge at the end of the pre-trial investigation. In this article, I propose to restrict the mandate of the judge of freedoms to warrants only and to confer his role as a committal judge upon a *European pre-trial court*. This idea does not affect the fundamental principle underlying the corpus that coercion warrants and decisions on the merits should remain within the jurisdiction of national courts. Only (the control of) the decision *where* to refer the case for trial would be *europeanised*. As such, practices of *forum shopping* could be avoided and a judicial control of the decision to prosecute could be provided.

10 October 1999

Christine VAN DEN WYNGAERT
Professor of law (University of Antwerp)
Member of the Board of Directors of the *Follow up study of the Corpus Juris*

⁴ For example, decisions of the Belgian *chambre du conseil* can be the subject of an appeal before the *chambre des mises en accusation* and, in some cases, even of *cassation*.

⁵ In some states (e.g. Belgium and France), pre-trial courts have the power to remove "tainted" evidence from the *dossier*, thus applying the exclusionary rule already in the stage of the pre-trial investigation. This technique, called the purification of the dossier (*purge des nullités*) may create confusion about who is competent to exclude illegally obtained evidence and in what stage of the procedure. Assume a judge of freedoms in State A "purifies" the dossier by eliminating illegally obtained evidence, and thereupon refers the case to a trial court in State B, where no such "purification" exists and where it is up to the trial court to assess the admissibility of the evidence. The judge in the court in State B may not be aware of the "purification" that has occurred and may have had different views about whether or not to allow the evidence that has been excluded by the judge of freedoms in State A.

COMMISSION EUROPÉENNE
OFFICE EUROPÉEN DE LUTTE ANTIFRAUDE (OLAF)
COORDINATION ET POLITIQUE GÉNÉRALE, AFFAIRES JURIDIQUES, CELLULE DE
LIAISON ET D'EXPERTISE PÉNALE

Bruxelles, le 25 octobre 1999

La "Task Force" Coordination de la lutte antifraude", plus connue sous le sigle "UCLAF", a fait place depuis le 1er juin 1999 à l'"Office européen de lutte antifraude", qui se fera connaître sous le sigle "OLAF". Avec cette réforme, les institutions, sous l'impulsion du niveau politique le plus élevé, ont voulu se doter de structures permettant un saut qualitatif important pour lutter contre toutes les formes de criminalité grave qui portent atteinte aux intérêts communautaires et à la crédibilité des institutions. Ces changements inaugurent les potentialités du nouvel article 280 CE du traité. Le "groupe interinstitutionnel à haut niveau", mis en place à l'initiative du Président du Conseil européen, a permis de les mener à bien dans les délais prescrits par les Chefs d'État réunis à Vienne les 11 et 12 décembre 1998.

1. La création de l'Office Européen de lutte antifraude (OLAF)

La teneur des réflexions et des débats dans les instances du Parlement européen et du Conseil a conduit la Commission à modifier ses propositions initiales visant à l'externalisation de la fonction d'enquête¹, mission exercée jusqu'ici par la Task Force Coordination de la lutte antifraude (UCLAF). En se fondant sur l'expérience acquise et les résultats obtenus² avec l'unité de coordination de la lutte antifraude en matière de protection des intérêts financiers, la Commission a donc décidé, dès le 28 avril 1999³, de confier au nouvel *Office européen de*

lutte antifraude (OLAF) les prérogatives opérationnelles qu'elle tient du traité et du droit dérivé pour la protection des intérêts communautaires. En prenant effet le 1er juin 1999, avec les règlements arrêtés en codécision par le Parlement européen et le Conseil⁴, cette réforme a permis d'étendre et de renforcer les fonctions et les prérogatives du nouvel Office.

Le législateur a également tenu à prendre des dispositions pour garantir l'indépendance opérationnelle et fonctionnelle de l'Office. L'institution du *Comité de surveillance* de l'Office et la position statutaire du *Directeur* sont les éléments tangibles de cette indépendance que le législateur a voulu placer au centre de la réforme en précisant notamment que ni l'un ni l'autre ne peuvent solliciter ou recevoir d'instruction des gouvernements ou des institutions.

A propos du Comité de surveillance, il est intéressant de noter que les personnalités choisies pour en être membres représentent bien, au plus haut niveau, la diversité du monde judiciaire (université et droit pénal comparé, autorités policière et judiciaire, droits de la défense). Conformément au dispositif réglementaire, le Comité s'est immédiatement organisé pour apporter, au niveau politique des institutions, ses premières contributions officielles⁵. Ces prises de position donnent une indication claire sur le lien étroit qu'il fait entre l'indépendance de l'Office et les moyens à mettre en oeuvre pour son bon fonctionnement ainsi que sur l'étendue et la portée de ses missions.

En ce qui concerne le Directeur, il sera désigné par la Commission pour cinq ans, après avis du Comité de surveillance, en concertation avec le Parlement européen et

¹ Proposition de règlement (CE, Euratom) du Conseil instituant un Office européen d'enquêtes antifraude (JO C 21 du 26.1.1999, p. 10).

² Cf. rapports annuels de la Commission, conclusions du Conseil, rapports et résolutions du Parlement européen, depuis 1990.

³ Décision de la Commission du 28 avril 1999 "instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)" en tant qu'instance indépendante dans sa fonction d'enquête, compétente, au niveau des services, pour la conception et la préparation des textes dès lors qu'il s'agit de la protection d'intérêts communautaires, de détournements de fonds ou violation de dispositions communautaires, susceptibles de poursuites administratives, disciplinaires ou pénales (JO L 136 du 31.5.1999, p. 20).

⁴ Règlement (CE) n° 1073/99 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 "relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)" ayant notamment pour but de fixer les règles générales relatives à ces enquêtes (enquêtes externes, dans les États membres et dans les pays tiers, et enquêtes internes dans les institutions, organes et organismes) ; règlement (Euratom) n° 1074/99 du Conseil relatif au même objet (JO L 136 du 31.5.1999, p. 1 et 8).

⁵ Cf. avis sur le budget et le plan d'établissement de l'Office ; avis sur la désignation de son Directeur ; avis sur l'application du Règlement n° 1073 du Parlement européen et du Conseil par les institutions, organes et organismes de l'Union européenne.

le Conseil. Cette procédure de désignation particulière et le niveau ¹ retenu pour cette fonction par l'autorité budgétaire (Parlement européen/Conseil) soulignent à l'évidence le prix que les institutions attachent à la réussite de cette réforme. L'Office disposera de compétence administrative étendue ². Sur le plan opérationnel, il sera, dans le chef de son Directeur, responsable du déclenchement des enquêtes externes ou internes et de la saisine des autorités administratives, disciplinaires ou judiciaires compétentes.

2. Le nouveau contexte des missions et du rôle de l'Office

Pour renforcer la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, l'article 280 CE du traité d'Amsterdam attribue un rôle et une responsabilité spécifiques à la Commission pour coopérer de façon étroite et régulière avec l'ensemble des autorités nationales administratives, policières ou judiciaires. Le traité reconnaît désormais clairement que la protection des finances de l'Europe relève d'une responsabilité partagée entre les États membres et la Communauté.

Ainsi ce nouvel article 280 CE constitue une nouvelle base juridique, spécifique et large, pour prendre les mesures nécessaires en matière de *prévention* et de *lutte contre* la fraude et toute autre activité illégale, en vue de réaliser un niveau de protection équivalente partout dans la Communauté. Ce dispositif (codécision) recèle des potentialités de bon augure pour l'amélioration et le

développement du cadre légal de la protection des finances de l'Europe ³. La première application concrète de cette nouvelle base juridique a d'ailleurs permis la réforme rapide de la structure antitraude de la Commission en créant ce nouvel Office indépendant et à vocation interinstitutionnelle.

La Commission a confié à l'Office ses propres compétences opérationnelles, notamment celles d'enquête administrative, c'est-à-dire selon le législateur ⁴, tous contrôles ou actions visant à établir le caractère irrégulier des activités contrôlées. A ce titre, l'Office dispose de la faculté de procéder, en toute indépendance, à des enquêtes externes dans les États membres et dans les pays tiers ainsi que, le cas échéant, à des enquêtes internes, au sein des institutions, organes et organismes communautaires ⁵. Dans le cadre des enquêtes externes ou internes, l'Office a accès sans préavis et sans délai à toutes les informations détenues par les opérateurs ou par les personnels des institutions, organes ou organismes, ainsi qu'à leurs locaux. Il se doit, aux termes de la législation, de saisir directement les autorités compétentes, y compris les autorités judiciaires, du résultat de ses investigations.

L'accord interinstitutionnel (Parlement européen, Conseil et Commission) ⁶ relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF prévoit un régime commun comportant des mesures d'exécution nécessaires au bon déroulement des enquêtes menées par l'Office pour lutter contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés ou rechercher les faits graves préjudiciables à la crédibilité des institutions, organes ou orga-

¹ Le " groupe interinstitutionnel à haut niveau " a proposé le 25 mai au Conseil Ecofin que cette fonction soit assurée par un Directeur général. La Commission, dans le cadre du budget rectificatif (BRS 4/99), devait de son côté proposer le grade de Directeur général pour ce poste.

² Indépendance administrative et budgétaire notamment. L'Office définira une politique du personnel spécifique, en conformité avec le statut des fonctionnaires et agents des Communautés européennes. Il sera l'ordonnateur des crédits spécifiques relatifs à la politique antitraude et au fonctionnement de l'Office.

³ La dynamique législative engagée place l'Office à la croisée d'un dispositif de coopération directe avec les autorités nationales compétentes (administratives ou pénales). Afin d'aller plus avant dans la réforme de l'organisation de la lutte antitraude au niveau communautaire, les potentialités institutionnelles actuelles doivent être explorées et, si nécessaire, développées (cf. conférence intergouvernementale dans la perspective de l'élargissement " CIG 2000 ").

Cf. Règlement 1073/99 du Parlement européen et du Conseil, art. 2 (JO L n° 136 du 31.5.1999).

Les droits et obligations des personnels des institutions et organes communautaires concernés par une enquête interne sont définis dans le nouveau dispositif législatif et dans des décisions internes basées sur l'accord interinstitutionnel (Parlement européen, Conseil et Commission). Pour celles des institutions et ceux des organes communautaires dont le personnel relève du statut, ces dispositions seront remplacées par ce dernier lorsque les modifications nécessaires y auront été intégrées. Les institutions, organes ou organismes ont ou sont sur le point d'adopter une décision conforme à la décision modèle annexée à l'accord interinstitutionnel, en vue d'établir les règles relatives aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts communautaires. Les décisions internes concernant la Commission et le Conseil ont été publiées au Journal Officiel (JO L 149 du 16.6.1999).

⁴ Accord interinstitutionnel du 25 mai 1999 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission ¹ relatif aux enquêtes internes effectuées par l'Office européen de lutte antitraude (OLAF) " (JO L 136 du 31.5.1999, p. 15). Les autres institutions, organes ou organismes communautaires sont invités à adhérer à l'accord interinstitutionnel.

nismes communautaires et liés à l'exercice d'activités professionnelles ², susceptibles de poursuites disciplinaires ou pénales.

3. La portée de la réforme

Les changements qui viennent d'être opérés dans le domaine de la lutte contre certaines formes de criminalité économique et financière sont importants. Le nouveau dispositif institutionnel marque un pas supplémentaire dans le renforcement de la protection des intérêts financiers des Communautés et de la lutte contre la fraude, la corruption, le blanchiment et toute autre activité illégale préjudiciable à ces intérêts financiers ainsi que plus largement contre tout comportement irrégulier allant à l'encontre des intérêts communautaires. Il traduit la volonté de la Communauté et de ses institutions d'affirmer la priorité qu'elles accordent au développement d'une politique de protection ciblée et donne, à l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), les moyens d'action nécessaires pour l'exercice de cette mission spécifique.

L'impact de ces changements doit aussi bien entendu être analysé à la lumière des résultats déjà obtenus par l'UCLAF, notamment depuis 1994, sur le terrain et sur le plan législatif, en particulier dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, avec la convention relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, signée en 1995 par le Conseil, et ses protocoles. Une fois ratifiés et transposés de façon effective dans l'ordre juridique national ³, ces instruments visant à l'établissement de dispositions nouvelles en matière pénale devraient permettre à la Commission de mieux jouer son rôle dans le domaine de la coopération technique et opérationnelle ⁴ avec les autorités judiciaires nationales chargées des poursuites pénales.

L'ensemble de ces progrès marquent une étape supplémentaire dans le sens des orientations du Parlement européen. Ces résultats faciliteront le lancement d'une nouvelle dynamique pour la réalisation d'un système de pro-

tection pénale homogène des intérêts communautaire conformément aux objectifs définis par le traité d'Amsterdam. Il est intéressant de noter à ce propos que c'est à l'Office que la Commission a confié la tâche de concevoir et préparer les dispositions législatives nécessaires à la protection des intérêts communautaires et à la lutte contre tout comportement susceptible de poursuites administratives, disciplinaires ou pénales, ce aussi bien dans le cadre du premier que du troisième piliers. Ainsi, l'Office semble bien être la seule instance de nature communautaire, indépendante dans sa fonction d'enquête, où sont déjà réunies l'ensemble des expertises (administrative, financière, policière, douanière, judiciaire) et où il est possible de rapprocher en permanence l'expérience concrète de terrain, l'analyse comparée des situations et la compétence en matière législative. Cette organisation nouvelle confortée par l'existence d'un Comité de surveillance s'inscrit dans la logique et la légitimité institutionnelle propre à la construction européenne.

4. Les nouveaux défis pour l'Office Européen de lutte antifraude (OLAF)

Le contexte politique du moment est important. La construction européenne est confrontée à de grands défis, qu'il s'agisse de l'Union économique et monétaire ⁵, de l'élargissement ou des risques de déstabilisation liés à la montée de la grande délinquance économique et financière. Les conditions existent pour permettre au niveau politique de saisir l'opportunité que représente la prochaine conférence intergouvernementale (CIG 2000) et donner l'élan indispensable pour conduire une nouvelle phase du rapprochement des législations nationales et de l'établissement de normes spécifiques ciblées sur la protection des intérêts financiers des Communautés avec, notamment en point de mire, la mise en place d'une autorité européenne indépendante dotée de prérogatives judiciaires pour faciliter, en liaison avec l'Office européen de lutte antifraude, la recherche et la poursuite des infractions pénales préjudiciables aux intérêts communautaires.

² Faits pouvant constituer un manquement aux obligations des membres, dirigeants, personnels ou agents des institutions ou organes des Communautés.

³ Il est à noter sur ce point que les instruments adoptés dans le cadre du 3ème pilier en 1995 et 1996 ne sont toujours pas en vigueur (ratification) alors que les textes 1er pilier adoptés en même temps pour fonctionner ensemble sont saisis d'application depuis 1996 et 1997 respectivement.

⁴ Cette réforme répond bien entendu aux exigences de la subsidiarité et des principes de proportionnalité. Placé au sein de la Commission, l'Office assure la représentation de l'intérêt général et participe, au niveau des services, au processus de gestion et de prise de décision (législation). Indépendant et inter-institutionnel dans sa fonction d'enquête (externe/interne), il participe au dispositif de contrôle communautaire de façon objective et impartiale.

⁵ Protection de l'Union économique et monétaire et de l'euro contre le faux monnayage. Les travaux préparatoires engagés par l'Office européen de lutte antifraude (ex-UCLAF) s'inscrivent dans la ligne des grands principes de la convention de Genève de 1929 afin de permettre à la Commission de présenter les initiatives législatives nécessaires en temps opportun (cf. : communication du 22 juillet 1998 : article " protection de l'euro lutte anti-contrefaçon " AGON n° 19 de juin 1998 p. 9).

La capacité de la Communauté à relever ces défis *avant le prochain élargissement* repose en grande partie sur la volonté politique de mieux organiser la complémentarité du niveau national et du niveau communautaire. Pour ce faire, il faut développer davantage l'acquis communautaire. Seul un cadre légal juridiquement sûr ¹², permettra d'améliorer la coopération administrative, policière et judiciaire pour *prévenir* les activités illégales et mieux *lutter contre* les comportements délinquants, voire la criminalité organisée, portant atteinte aux intérêts communautaires. C'est dans cet esprit, qu'ensemble, la Commission et la Pologne ont envisagé la création d'un " OLAF " national, pluridisciplinaire. Lancé à l'ini-

tiative du premier ministre de la Pologne, ce programme, cofinancé par la Communauté, a reçu le soutien des institutions et de tous les États membres de l'Union. Une coopération étroite entre cet organisme et l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) est naturellement appelée à se mettre en place. Ce partenariat, qui se concrétise entre les autorités polonaises et l'Office européen de lutte antifraude, la Commission entend bien le mener rapidement avec tous les pays candidats à l'adhésion.

N.B. : Cet article n'engage que son auteur et ne lie pas l'institution dont il relève.

Claude LECOQ
Chef de division

¹² Cadre légal fondé sur la légitimité institutionnelle communautaire et le contrôle démocratique du Parlement européen, sur le respect des droits fondamentaux et sur le contrôle juridictionnel de la Cour de justice.

BELGIUM

LA SAISIE PÉNALE EN DROIT BELGE : DERNIÈRE ACTUALITÉ*

La saisie pénale en droit belge est régie par l'article 35 du Code d'instruction criminelle - lorsqu'elle est pratiquée par le procureur du Roi - et par les articles 35 et 87 - lorsque c'est sur mandat du juge d'instruction qu'elle a lieu. La rédaction maladroite de ces dispositions a récemment nécessité plusieurs adaptations législatives, non moins maladroites. Les conséquences ne se sont pas fait attendre, sous la forme d'une condamnation de principe de la saisie dite "par équivalent" par la majorité des chambres des mises en accusation du Royaume ¹, pratique qualifiée d'illégale au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Aperçu de la situation actuelle.

1. "Heurts" et malheurs de l'article 35 du Code d'instruction criminelle

En deux ans, le législateur belge a, à deux reprises, soumis à révision l'article 35 du Code d'instruction criminelle. La première modification, réalisée par la loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations ², pré-

sentait quelque singularité que la lecture des travaux préparatoires parvenait difficilement à dissiper.

Alors que, dans sa version initiale, l'article 35 autorisait la saisie "des armes et de tout ce qui paraîtra avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime ou le délit ainsi que tout ce qui paraîtra en avoir été le produit et de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité", la loi du 20 mai 1997 a réduit la portée du texte aux "choses visées à l'article 42 du Code pénal, (aux)armes et (à) tout ce qui paraîtra constituer un avantage patrimonial tiré de l'infraction". L'objectif poursuivi par le législateur était de permettre la saisie des avoirs patrimoniaux tirés directement de l'infraction, dont la confiscation était rendue possible par la loi du 17 juillet 1990 ³, mais qui n'étaient pas visés par l'article 35, ancienne mouture ⁴.

Le législateur semblait cependant avoir fait preuve d'une particulière distraction dans le libellé de la nouvelle disposition. Le désagrément majeur en était que la nouvelle version ne permettait dorénavant plus que soient frappés de saisie les objets communément regroupés sous le vocable de "pièces à conviction". D'autre part, la saisie ne semblait plus pouvoir porter sur les choses présentant seulement des indices de lien avec l'infraction, la for-

* Cet article s'inspire de la note intitulée «La saisie pénale par équivalent : chronique d'une mort annoncée» publiée par le même auteur dans la revue belge J.L.M.B., 1999, p. 1218.

¹ Anvers, 14 janvier 1992, RW, 1998-1999, 1421; Bruxelles, 19 avril 1999, J.T., 578, et note D. VANDERMEERSCH et O. KLEES; Liège, 10 juin 1999, J.L.M.B., 1999, 1217, et note C. MEUNIER.

² M.B., 3 juillet 1997, 17.727.

³ M.B., 15 août 1990, 15.886.

mulation "tout ce qui paraîtra" de l'article 35 ancien ayant été remplacée par l'expression "les choses visées à l'article 42"¹. Le législateur a remédié à ces inadverances par la loi du 14 janvier 1999, dont l'article 2 modifie - une fois de plus - l'article 35 pour permettre la saisie de "tout ce qui paraîtra constituer une des choses visées à l'article 42 du code pénal, et de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité"².

On peut douter que le texte en soit désormais à sa dernière version. La loi belge permet en effet au juge du fond d'ordonner une confiscation *par équivalent* (article 43bis du Code pénal), à savoir la confiscation de sommes dont le montant correspond aux profits présumés de l'infraction, dans l'hypothèse où lesdits gains se sont fondus dans le patrimoine du prévenu au point de faire disparaître tout lien entre ces sommes et l'infraction. La saisie pratiquée sur ces sommes à titre conservatoire présente une indéniable utilité dans la mesure où, de tous les profits pouvant résulter d'une infraction, l'argent, par sa fongibilité, est le plus aisé à dissimuler ou à dissiper. Elle constitue dans ce contexte un instrument essentiel de la lutte contre la criminalité organisée, dont les acteurs sont passés maître dans les techniques de blanchiment. L'article 35 actuel comporte cependant une importante lacune à ce niveau, puisque - s'agissant des saisies dont l'objet est de garantir l'efficacité d'une éventuelle confiscation ultérieure - il ne vise pas les sommes d'argent susceptibles de confiscation par équivalent.

Ainsi dépourvue de base légale, cette saisie "par équivalent" laisse à désirer quant à sa conformité à l'article 1er, alinéa 2, du premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, aux termes duquel les États membres du Conseil de l'Europe peuvent mettre en vigueur "les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts

ou d'autres contributions"³. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle ont abouti les chambres des mises en accusation d'Anvers, Bruxelles et Liège.

2. L'avenir du blocage de comptes bancaires par le juge d'instruction

Dans l'état actuel des choses et suite à la jurisprudence précitée, la question de la légalité du blocage de comptes par le juge d'instruction se résout aisément : il ne peut être pratiqué que - pour reprendre l'énumération de l'article 42 du Code pénal relatif à la confiscation - si les montants déposés forment l'objet de l'infraction⁴, en constituent l'instrument ou le produit⁵, ou sont constitutifs d'avantages patrimoniaux résultant directement de l'infraction⁶, de biens ou valeurs substitués à ces avantages⁷, ou encore de revenus de ces avantages investis⁸. En d'autres termes, il doit exister un lien direct entre l'argent versé sur le compte en banque et l'infraction dont est saisi le juge d'instruction ou le procureur du Roi. Le blocage pur et simple des comptes sur lesquels se trouvent des sommes dont la relation avec l'infraction n'apparaît pas - et qui sont donc susceptibles d'être confisquées par équivalent - n'est par conséquent pas légal.

Une troisième modification de l'article 35 du Code d'instruction criminelle procurerait incontestablement au juge d'instruction et au procureur du Roi, dans ce contexte, une arme efficace leur permettant d'immobiliser le temps de la procédure, les profits de ces activités.

Les risques de dérives inhérents à la possibilité de saisie "par équivalent", notamment le blocage pur et simple par le juge d'instruction ou le procureur de l'ensemble des avoirs scripturaux de l'inculpé à la faveur d'une surévaluation - même de bonne foi - des profits de l'activité délictueuse, ne sont cependant pas absents. Il serait dans

¹ Doc. Parl., Ch., 1995-1996, 12 février 1996, n° 427/1 - 95/96, exposé des motifs, 13.

² Doc. Parl., Ch., 1997-1998, 15 juin 1998, n° 1605/1 - 97/98, 1-2. Cette critique ne joue cependant pas pour les valeurs et biens visés à l'article 42, 3° du Code pénal, pour lesquels l'article 35 du Code d'instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 20 mai 1997, fait usage des termes "tout ce qui paraîtra constituer un avantage patrimonial tiré de l'infraction".

³ Loi du 14 janvier 1999 portant modification des articles 35 et 47bis du Code d'instruction criminelle, de l'article 31 de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction et des articles 3 et 5 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, M.B., 26 février 1999, 5814.

⁴ Ch. MEUNIER, *op. cit.*, 145^a.

⁵ À l'exclusion du produit d'un vol, puisque la confiscation n'est permise - s'agissant de l'article 42, 1° du Code pénal - que si la propriété de la chose appartient au condamné.

⁶ Ces cas de confiscation visés à l'article 42, 1° et 2° sont cependant assez théoriques lorsqu'ils visent des sommes d'argent versées sur un compte bancaire : dans quelles hypothèses pourraient-elles être considérées comme ayant servi à commettre l'infraction, ou en être le produit ?

⁷ Par exemple le salaire du tueur à gages, le produit du trafic d'armes directement versé sur un compte ouvert à cet effet, ou encore le prix de la corruption.

⁸ Par exemple les titres au porteur acquis par le tueur à gages au moyen de sa "rémunération".

cette optique recommandé de limiter la possibilité de saisie "par équivalent" à certaines catégories d'infractions graves, sur l'exemple de l'énumération reprise à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, relatif aux écoutes téléphoniques.

3. Actualité législative : la responsabilité pénale des personnes morales

L'entrée en vigueur, le 2 juillet 1999, d'une loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales impose de quelque peu nuancer ce qui précède. La loi nouvelle permet au juge d'instruction belge qui constate des indices sérieux de culpabilité chez une personne morale, d'ordonner notamment "l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale". Cette mesure, si elle ne permet pas au juge d'instruction de réaliser un blocage de compte à proprement parler - l'interdiction ne peut en effet porter que sur des transactions patrimoniales *spécifiques*¹⁵ - lui offre néanmoins la possibilité de prévenir, dans une optique conservatoire, la dilapidation des avoirs sociaux, éventuellement susceptibles de confiscation et de restitution. La différence majeure avec la saisie visée à l'article 35 du Code d'instruction criminelle réside dans ce que cette mesure d'interdiction n'est pas limitée aux avoirs patrimoniaux présentant un lien avec l'infraction.

La lecture des travaux préparatoires enseigne que, dans l'intention du législateur, la disposition nouvelle visait principalement les transactions mobilières ou immobilières effectuées par la société¹⁶. Le juge d'instruction pourrait ainsi s'opposer à la vente à prix dérisoire de stocks ou d'immeubles appartenant à la société, que ceux-ci aient été ou non acquis au moyen de fonds issus de l'activité délictueuse de la société. Quant aux avoirs placés sur ses comptes en banque mais ne découlant pas de l'activité délictueuse, le juge d'instruction, qui ne peut les saisir, ne peut à notre estime s'opposer à leur dépense sur la base d'article 91 nouveau du Code d'instruction criminelle qu'en interdisant l'opération à laquelle ils étaient destinés, par exemple en faisant défense au conseil d'administration de procéder sciemment à un investissement manifestement désastreux, en vue d'orga-

niser l'insolvabilité de la société. En effet, le pouvoir du juge d'instruction étant limité à des transactions "spécifiques", il ne pourrait interdire à la personne morale inculpée d'accomplir toutes opérations quelconques au moyen des fonds versés sur les comptes en banque appartenant à cette dernière.

Le juge d'instruction peut en outre ordonner "le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne". Il peut par exemple faire usage de cette faculté en vue d'affermir l'interdiction faite à la personne morale d'accomplir telle transaction patrimoniale spécifique. La raison d'être de ce cautionnement - renforcer l'autorité des mesures prescrites par le juge d'instruction - fait à notre sens obstacle à ce que celui-ci fasse usage du cautionnement en vue de contourner l'impossibilité de procéder à une saisie "par équivalent", en fixant purement et simplement le montant du cautionnement à une somme équivalente au produit approximatif de l'activité criminelle.

Pour le surplus, signalons que la nouvelle loi étend la confiscation spéciale aux personnes morales, coupant de la sorte court au courant jurisprudentiel antérieur à la nouvelle loi¹⁷. Les saisies conservatoires corrélatives sont dès lors désormais possibles à l'encontre de la société, ce que confirme d'ailleurs l'article 91 nouveau du Code d'instruction criminelle, qui renvoie à l'article 35bis en ce qui concerne la saisie immobilière conservatoire en matière pénale.

On l'a vu, la jurisprudence belge a démontré la totale inadéquation des dispositions en matière de saisie aux besoins de la pratique, notamment dans le contexte du blanchiment et de la lutte contre la criminalité organisée. Rendre la saisie pénale "par équivalent" possible par une intervention législative peut se révéler judicieux, à condition que des garanties soient prévues contre les dérives auxquelles le blocage pur et simple des comptes en banque de l'inculpé peut donner lieu, par exemple en limitant la possibilité de saisie à certaines infractions graves. Travail délicat certes, mais qui constitue le lot de la procédure pénale, à la recherche constante de l'équilibre entre les intérêts de la société et les exigences des libertés individuelles.

Christophe MEUNIER
Assistant à l'Université de Liège,
Avocat

¹⁵ On songe alors aux intérêts produits par les sommes d'origine illicite versées sur le compte en banque.

¹⁶ M.B., 22 juin 1999, 23411.

¹⁷ Afin d'éviter de bloquer l'activité globale de la société (Doc. Parl., Sénat, sess. ord., 1998-1999, 1-12176, 79).

¹⁸ Voy. nor., Sénat, sess. ord., 1998-1999, 1-12176, 78 et s.

¹⁹ Dans la mesure où la confiscation était conçue comme une peine et que les personnes morales ne pouvaient être considérées comme pénalement responsables, leurs avoirs patrimoniaux étaient immunisés de toute possibilité de confiscation, hormis la confiscation-mesure de sûreté (Voy. nor., Cass., 18 mars 1997, *Lamb. Cass.*, 1997, 204; Pas., 1997, 4, 387).

REPORT OF ACTIVITIES FINANCED BY THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE SETTING UP OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

1. Historical Background

The idea of instituting a permanent International Criminal Court (ICC) first arose after the World War II. However, it was not until the end of the Cold War that the United Nations found a favourable political climate to revive its interest in an International Criminal Court. In 1989, the General Assembly instructed the International Law Commission (ILC) to prepare a report addressing this particular issue.

This report including a draft statute for an ICC was transmitted in 1994 to the UN General Assembly, which set up an ad hoc committee to discuss the issues relating to the institution of a permanent ICC on the basis of the 1994 draft statute.

In December 1995, the General Assembly decided to create a Preparatory Committee (PrepCom) to produce a text for submission to a future Diplomatic Conference. This Committee submitted its report to the General Assembly in December 1996, which extended the mandate of the Preparatory Committee to nine additional weeks of PrepCom meetings. The sixth and final session of the PrepCom eventually met on April 1998 in New York and adopted the Draft Statute of the International Criminal Court.

At last, on July 17, 1998 the Diplomatic Conference of plenipotentiaries held in Rome adopted the Statute of the first International Criminal Court by a vote of 120 in favour to 7 against and 21 abstentions. A new international system of jurisdiction and justice had been created.

2. The European Commission contribution to the creation of the ICC

In the past few years, the European Commission has been one of the main financial contributors to the process of setting up an effective International Criminal Court. Since 1996, more than 2 millions Euro have been allocated to activities in support of an ICC. EC funding was provided to very concrete projects, more particularly to assist the work of the key participants in the drafting process and in the Diplomatic Conference, and to support

the International campaign in favour of a permanent and strong Court.

Two projects were awarded an EC grant to assist the Preparatory Committee (PrepCom) negotiating sessions. One project, carried out by the University of Nottingham, consisted of a two-day workshop held in June 1997 to assist the UN PrepCom by providing a forum for discussion on the various legal systems in order to facilitate the negotiations. The workshop enabled some of the participants in the negotiations to meet with experts from around the world in a more informal setting than in the Preparatory Committees. In particular it enabled them to address key issues relating to the draft Statute.

The second project was implemented by Redress, which played an active role at the 1998 December PrepCom session by lobbying government delegates to support the right to compensation for survivors of torture "an issue that had not been taken into account by the draft statute of 1994. This project helped decisively to ensure that the final Statute of the Court included a workable reparations regime and that the Court would have the power to award compensation to victims of torture.

In addition to these two projects, EC funding was given to an United Nations project aimed at allowing the participation of delegates from the least developed countries (LDCs) in the PrepCom sessions and in the Rome Diplomatic Conference, through the provision of airfares and subsistence allowances. The participation of representatives of the LDCs in the different sessions of the Preparatory Committee and the Diplomatic Conference, not only enriched the debate but also contributed to give the negotiations a more global perspective and higher credibility.

Furthermore, the European Commission provided crucial assistance to lobbying activities aiming at securing support for the Court, and to projects focusing on providing assistance to the Diplomatic Conference delegates.

The International Commission of Jurists received support for activities focused on lobbying participants in the PrepCom sessions of December 1997 and April 1998, and in the Diplomatic Conference, as well as legal experts from the ministries of justice and foreign affairs

of African and Latin American countries, in order to enlist their support for the creation of the ICC.

Earth Action was awarded a grant to pursue, through its large network of NGOs, lobbying actions to build support for the Court. Earth Action disseminated useful information via the Internet aimed at informing and mobilizing citizen groups from all parts of the world, members of parliament, media commentators and other opinion leaders.

Moreover, the European Commission significantly supported several projects presented by the World Federalist Movement (WFM), on behalf of the NGO Coalition for an ICC (CICC). The Coalition assisted in the development and expansion of regional and national networks and coalitions in all parts of the world. Apart from that, the Coalition and its key partners engaged in a concerted campaign to raise awareness among the media and civil society of the importance of the establishment of an ICC.

During the Rome Conference, the Coalition successfully provided technical and logistical support to the participants, and even directly sponsored the participation of 30 NGO experts from lesser-developed countries. In addition to this, the Coalition kept the media informed of general developments, government positions, and NGO positions and activities via the CICC web-site and the daily newsletter "Terra Viva".

Last but not least, important financial support was also given to No Peace Without Justice (NPWJ), which carried out a set of very important activities in support of the Court. No Peace without Justice was responsible for a remarkable International awareness campaign, which consisted of conferences, seminars, marches and concerts to enlist worldwide support for the establishment of the ICC, while at the same time raising international awareness over human rights issues, NPWJ actively continued its campaign at the Diplomatic Conference by lobbying delegates, providing expert legal counsel to smaller delegations and organizing public events, demonstrations and appeals.

NPWJ was also responsible for the creation of a Yearbook on the establishment of an International Criminal Court (ICC). This publication helped to increase support, in particular from small and less developed countries, for the establishment of an ICC. The Yearbook enabled the delegates present in Rome to improve their knowledge about the preparatory work accomplished before the Diplomatic Conference.

3. Forthcoming goals for an early entry into force of the ICC

The political success of the Rome Conference is only a partial victory since the permanent court will only be established when at least 50 States have ratified the Rome Treaty. International mobilization is therefore required, so that as many states as possible ratify the Treaty. Indeed, the more states that ratify the treaty, the greater the momentum will be for entry into force and the more difficult it will be for any state to insist on re-opening negotiations or to frustrate entry into force. Any serious delay could send a negative message to the International community and would probably jeopardize indefinitely the ratification of the Court. It is therefore essential that the countries in favour of the Court proceed with ratification as soon as possible. Currently, 83 states have signed the treaty and four have ratified it, including Italy, the only EU Member State to have done so to date.

At the end of July 1999, the ICC Preparatory Commission will meet in New York to work on the Court's rules of procedure and to define the elements of the crimes the Court will prosecute, NGOs are already joining efforts to accelerate the ratification drive. Indeed, the prospects for an early entry into force of the ICC seem to depend in large part on NGO activism.

There is much NGOs can do at this moment to speed up the ratification process. Based on the experience gathered in the last couple of years, NGOs must once more join efforts toward an effective common action strategy aimed at lobbying decision-makers - especially parliamentarians - all over the world to make ICC ratification one of the top priorities of their political agenda. In addition, a worldwide information campaign ought to be prepared in order to keep the pressure on the states which have not yet ratified the ICC Treaty. These states and their citizens should be informed about the ICC Statute norms, the mechanisms of ratification required by their national legislation, the way the Court is going to function and how it will relate to the national criminal justice systems.

Finally, NGOs should concentrate efforts in lobbying the present Finnish Presidency of the European Union, so that a clear reference to the Member States' commitment toward the ICC Treaty ratification may be included in the next European Council's final declaration.

There is therefore no doubt that over the following months, NGOs from all parts of the world, will continue

to play a major role in view of a speedy ratification of the ICC Treaty.

The European Commission will also have an important, if not, vital role to play in the process. The new Commission should be encouraged to develop, as soon as possible and in close co-operation with the European Parliament, an effective action strategy to be carried out inside and outside the European Union. The objectives of this strategy should be threefold:

- To mobilize EU Member States and applicant countries in support to the ICC Treaty ratification. This could be done through a high-level meeting and bilateral talks.
- To enlist the support of Member States to use their influence to persuade third countries to ratify the Treaty. The Commission could particularly focus its action on Member States (such as France, the United Kingdom, Portugal, Spain or the Netherlands), which due to historical, economic and cultural reasons,

maintain close relations with many African, Latin American and Asian countries. In addition, the European Commission itself could use its considerable economic and political weight to convince third countries to ratify the ICC Treaty: this could be done in bilateral and regional meetings.

- To assist the production and dissemination of information on the International Criminal Court and its process of ratification. This action will inform EU citizens & others on the latest developments regarding the ICC, which could stimulate national citizens to call on their respective national governments and parliaments to ratify the ICC Treaty.

In conclusion, the same way as the battle to establish the Court is still far from being won, the European Commission role is still far from over. It has both a moral and a material role in coordinating support, informing the public and making the ratification process an important plank of EU human rights policy ?

List of projects funded by the EU since 1996 for setting up the ICC

1996/203	World Federalist Movement	60 000
1997/081	World Federalist Movement	100 000
1997/299	World Federalist Movement	200 000
1998/112	World Federalist Movement	525 000
1996/215	No Peace Without Justice	115 000
1997/209	No Peace Without Justice	275 000
1997/214	No Peace Without Justice	68 400
1998/151	No Peace Without Justice	390 000
1997/224	International Commission of Jurists	76 600
1997/274	Redress	55 000
1997/033	University of Nottingham	61 845
1996/176	Earth Action	55 000
1997/305	United Nations	365 625
Total	13 projects	Eur 2 347 470

Jorge CABACO
European Human Rights Foundation
September 99

XVI. INTERNATIONAL CONGRESS OF PENAL LAW (AIDP) “CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS FACING THE CHALLENGE OF ORGANISED CRIME”

Budapest, 5–11 September 1999

During the first week of September 1999 (September 5, 1999 until September 11, 1999) the *Association internationale de droit pénal*¹ organised its XVIth international Congress in Budapest. For the first time in the history of the Association, the Congress covered one single theme, namely organised crime, which had to be considered from the different fields of criminal law. Therefore the following theme was selected: “The Criminal Justice Systems facing the Challenge of Organised Crime”. The purpose of the Congress was that all four sections analysed the same question: which transformations does organised crime create in criminal justice systems. This question has consequently been studied from the General Part of criminal law (Section I), the Special Part (Section II), Procedure (Section III) and from International Criminal Law (Section IV).

In order to prepare the Congress in Budapest, four preparatory colloquia were held, one for each topic. The first topic has been discussed in Naples (Italy: 18–21 September 1997), Section II assembled in Alexandria (Egypt: 8–12 November 1997), whereas Section III met in Guadalajara (Mexico: 14–17 October 1997). Section IV, however, stayed on the European continent and discussed the transformations of international criminal law as a response to organised crime in Utrecht (The Netherlands: 13–17 May 1998). As to the proceedings, each general reporter² prepared for his/her topic an introductory report on the basis of the different national reports and presented his/her general report at the preparatory colloquia³. After thoroughly and lively discussions, draft reso-

lutions were made which were subjected again to debate at the Congress in Budapest. It is also important to note that in September 1997 the Young Penalists dedicated their annual seminar in Syracuse (Italy) to the theme of the XVIth international Congress of the A.I.D.P. and adopted for each section their resolutions⁴.

At the Congress in Budapest, the general reports as well as the draft resolutions were analysed and discussed one last time in order to create the final resolutions. After several days of very active and intensive debates, the four Sections succeeded in agreeing with the content of the resolutions⁵.

A constant theme in the discussion that underlies the transformations that are necessitated by organised crime in criminal justice systems, is how these transformations are to be reconciled with human rights. Striking is that the recommendations of the different sections place much emphasis on the protection of human rights as a counterpart of a balanced criminal justice system. All Sections hold firmly to the belief that the crime fighting interest may not prevail in the fight against organised crime. According to the recommendations, it is essential to adhere to fundamental principals, such as the right to a fair trial and the presumption of innocence⁶. In addition, the right to privacy can only be derogated from under strict conditions (such as measures provided by law or other equivalent sources and controlled by a judicial authority). Moreover, Section IV proposed to extend the protection of human rights to an internationally recognised *ne bis in idem*-shield. Whereas traditional human rights conventions limit this protection against double jeopardy to the national level, the A.I.D.P. holds a firm

¹ Hereafter: A.I.D.P.

² The general reporters were: for Section I, Prof. Thomas WEIGEND (Germany); for Section II, Prof. Christopher L. BLAKESLEY (U.S.A.); for Section III, Prof. Jean PRADEL (France) and for Section IV, Prof. Christine VAN DEN WYNGAERT (Belgium).

³ The proceedings of the different Sections are compiled for each topic in a separate number of the *Revue internationale de droit pénal* (Section I: 1997, vol. 68, nr. 3–4; Section II: 1998, vol. 69, nr. 1–2; Section III: 1999, vol. 70, nr. 3–4; Section IV: 1999, vol. 70, nr. 1–2). Each number collects for the relevant Section the draft resolutions, the general report and the different national reports.

⁴ The general reporters for the different sections were: Ineke ONSEA, Xavier PRADEL, Bart DE SMET and Guy STESENS. The resolutions of the Young Penalists are published in the Newsletter of the A.I.D.P., 1999/1.

⁵ The final Resolutions will be published in the next number of the R.I.D.P.

⁶ With regard to the presumption of innocence, it is noteworthy that Section III suggested that in specific cases the presumption of guilt may be set forth if certain conditions are met. However, the General Assembly in Budapest rejected this proposal with a big majority of votes. This stresses once again the great attention that the A.I.D.P. pays to the respect of human rights.

position: according to the resolutions of Section IV *in bono et in idem-effect* should also be given in national jurisdictions to foreign judgements¹.

In international co-operation proceedings between states, the protection of human rights should be taken into account as well. According to the resolutions of Section IV, a collective responsibility rest upon states (bound by the same human rights conventions) to ensure the effective respect of human rights². Evidence that has been obtained in violation of human rights cannot be used to base a conviction of the defendant on³.

The resolutions do not only pay much attention to the protection of human rights, but also to the traditional principles of human rights. These principles include the principle "*in dubio pro reo*", the principle "*nulla poena sine lege*", as well as the second part of the principle of legality, "*nullum crimen sine lege*"⁴. The latter principle implies that the law must clearly define the criminal behaviour (e.g. participation in a criminal organisation) and that the language must be strict⁵. Nevertheless, this preciseness has its boundaries: Section IV strongly insists that, with regard to international co-operation in criminal matters, states should interpret the definitions of crime in a flexible manner (taken into account the requirement of double criminality⁶).

In addition to the respect for human rights protection and general principles of criminal law, Section I and II draw the attention to the importance of a coherent and sufficient legislative framework in order to fight organised crime effectively. Despite the difficulties involved in defining the concept of organised crime, the need is stressed that national legislation should make it a criminal offence to participate in a criminal organisation⁷. Moreover the reach of money laundering statutes should

be expanded to the proceeds of crime⁸ and should be used as a crucial tool to confiscate these illicit gains⁹.

The transformations in the procedural part of criminal law relate to the so-called proactivation of criminal investigation. Recourse to proactive investigation techniques is justified, but only under strict conditions (such as the principle of legality, subsidiarity, proportionality and judicial control¹⁰). In addition, the reward system of *pentiti* is also seen as justified – although it is not encouraged – as it is an incentive to provide judicial authorities with important information and prevents future offences committed by the criminal organisation. These co-operation agreements between judicial authorities and criminals only apply to sentence reduction (in principle no impunity¹¹). However, the following conditions must be taken into account: the principle of legality (the use of *pentiti* must be based on a text of law), principle of proportionality (the practice of *pentiti* can only be justified with regard to serious crimes) and the principle of judicial control (the use of *pentiti* must be authorised by a judicial authority). Furthermore, a conviction cannot be based solely on the testimony of *pentiti*¹².

It is noteworthy that the resolutions with regard to the use of anonymous witnesses adhere to the same requirements. First, the use of anonymous witnesses needs to be sufficiently confirmed and corroborated by other means of proof. Second, the testimony of such witnesses can only be allowed when they are subject to serious threats. Third, the rights of the defence must be respected. This means that the judge who knows the identity of the witness has to decide if the witness can testify anonymously and has to assess the credibility of the testimony. The defence must be given the opportunity to question the anonymous witness¹³. Generally speaking, one can say that Section III as well as Section IV asks for a more effi-

¹ See Resolution B.4, Section IV. This Resolution stipulates also that states must be prepared to take into account a penalty that has been enforced abroad in the sentencing according to the *Anrechnungsprinzip* (or "deduction of sentence-principle").

² See Resolution E.1, Section IV. Especially Prof. André Klip (Netherlands) supported the idea of including collective responsibility in the text of the Resolutions.

³ See Resolution E.5, Section IV.

⁴ See Resolution I.3, Section I.

⁵ See Resolution I.2, Section I and Resolution 6.a, Section II.

⁶ Section IV would rather abandon double criminality as a requirement in cases of mutual assistance in criminal matters (except for extradition). In this respect Resolution D.1 states that "Where double criminality is retained [...] states should adopt the transformative interpretation method".

⁷ See Resolution 4, Section II.

⁸ See Resolution 9, Section II.

⁹ See Resolutions III.6 – III.12, Section I.

¹⁰ See Resolution 3, Section III. See also Resolution C.2, Section IV.

¹¹ See Resolution III.5, Section I.

¹² See Resolution 8, Section III.

¹³ See Resolution 6, Section III.

cient protection of persons who collaborate with the judicial authorities in order to shed light on offences of an organised nature²⁰.

In the field of international criminal law, Section IV introduces the establishment of an international *pre-trial chamber* that is competent to decide upon conflicts of jurisdiction and to choose a forum where the judgement should be rendered. With regard to this choice, the interests of the defendant as well as the victim²¹ must be of overriding importance²². Another crucial topic in the discussion within section IV related to the transformations in the procedural rules concerning letters rogatory. The question arose which law has to be applied to the investigative acts in the requested state: the law of the requested state (*locus regit actum*) or the law of the requesting state (*forum regit actum*). Finally, the choice was made in favour of executing the letters of rogatory in accordance with the rules of procedure of the requested state. However, Section IV refined the traditional *locus regit actum* in that respect that the officials of the requested state should comply with "to the extent possible" the law of procedure of the requesting state²³. In order to facilitate international co-operation between different states, Section IV also stresses the importance of the development of new techniques (such as taking evidence by videolink and travelling courts)²⁴. Moreover, the A.I.D.P. encourages direct contacts between the judicial authorities of several states²⁵.

Last but not least, it is feared that in the fight against organised crime far-reaching new instruments will be developed. Therefore Section IV calls upon states to ratify existing mutual legal assistance treaties, rather than drafting new treaties²⁶. Faced with the enormous escalation of organised crime, which has many implications for the criminal justice system, it is essential to respond to this form of crime by intensifying efficient international co-operation.

To conclude, in the crime-fighting climate of today, it is important to achieve a harmony between the needs of crime suppression and the protection of the individual.

Indeed, the risk exists that too much attention will be paid to the crime fighting aspect instead of to the human rights aspect. However, the resolutions adopted in Budapest achieve a reconciled compromise between efficiency and human rights interest as counterparts of a balanced criminal justice system. The message sent out by the Resolutions is therefore loud and clear: "the end does not justify the means".

Tom ONGENA
University of Antwerp
Research Assistant

Inneke ONSEA
University of Antwerp
Research Assistant of the Fund for Scientific
Research – Flanders (Belgium)

²⁰ See Resolution 5, Section III and Resolution D.4 Section IV.

²¹ Defendant and victim must have the opportunity to have access to the international *pre-trial chamber*. Prof. Albin ESER (Germany) made the valuable suggestion to give the victim the possibility to initiate the prosecution of an international crime of an organised nature before the international *pre-trial chamber*. See Resolution E.4 and E.6 Section IV.

²² See Resolution B.3, Section IV.

²³ See Resolution D.2, Section IV.

²⁴ See Resolution D.3, Section IV.

²⁵ See Resolution D.1, Section IV.

²⁶ See Resolutions A.1 and D.6, Section IV.

ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

CORRUPTION : LA FRANCE PLUS TOLÉRANTE QUE LA BELGIQUE

21

En Belgique, la loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption réalise une reformulation générale des dispositions sur la corruption¹.

La raison principale de la nouvelle loi relative à la répression de la corruption se trouve dans les obligations imposées à la Belgique par les conventions internationales².

Ainsi, dans la plupart des états membres de l'Union européenne, le droit pénal ne sanctionnait pas la corruption de fonctionnaires étrangers et ne prévoyait pas l'incrimination du comportement consistant à corrompre les fonctionnaires d'autres états membres. Cette situation dénoncée depuis de nombreuses années dans les enceintes internationales (par exemple OCDE) était devenue intolérable³. La loi belge du 10 février 1999 comble ainsi des lacunes qui existaient en droit belge.

Le champ d'application de l'incrimination est largement étendu: la simple sollicitation suffit à être constitutive d'infraction.

La loi élargit sensiblement la compétence extraterritoriale du juge belge en ce qui concerne la corruption qui implique des fonctionnaires internationaux ou d'un état étranger membre ou non de l'Union.

La loi du 10 février 1999 introduit également de nouvelles incriminations: trafic d'influence, corruption privée.

En France, un projet de loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption a été déposé au Sénat le 27 janvier 1999. Ce projet étend l'infraction de corruption lorsqu'elle vise des fonctionnaires étrangers appartenant à des pays membres

de l'Union européenne ou encore d'autres personnes participant à l'exercice du service public. On citera notamment, les magistrats, arbitre, experts judiciaires, ... etc.

Le projet de loi français exige qu'un lien de causalité soit établi entre le fait d'une offre ou d'une acceptation, puis ensuite, la manœuvre frauduleuse de l'agent public. Il n'y a pas corruption si la preuve de cette antériorité n'est pas rapportée et si " le pot de vin " remis à l'agent public ne l'est que postérieurement à l'acquisition du marché et seulement à titre de récompense⁴. Sur ce point le texte français de distingue sensiblement du droit positif belge.

Il faut encore souligner que le projet français ne prévoit aucune disposition qui sanctionnerait le corrupteur actif obtenant des avantages d'un agent public étranger d'un état non membre de l'Union européenne. Voilà une nouvelle différence significative et susceptible de fausser les règles du marché.

La Belgique vient également d'instaurer la responsabilité pénale des personnes morales⁵. Désormais, la personne morale conçue comme une réalité sociale est susceptible d'être condamnée pour avoir commis n'importe quelle infraction. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est affirmé de manière générale sans distinction entre le droit pénal commun ou d'autres subdivisions du droit pénal spécial. " *Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention*

¹ Moniteur belge 23 mars 1999, pp. 9281-9285.

² Rapport au roi, Doc. Parl., Ch., S.O. 1998-1999, 1664/3-97/98, p. 3.

³ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics et étrangers dans les transactions commerciales internationales, faite à Paris le 17 décembre 1997; Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des états membres de l'Union européenne; Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (Convention PIF) adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 juillet 1995 (JOC, 316 du 27 novembre 1995, p. 49); Protocole à la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes adopté par le Conseil de l'Union européenne le 27 septembre 1996 (JOC, 313 du 23 octobre 1996, p. 1).

⁴ Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des états membres de l'Union européenne. JOC, C391 du 15/12/1998 p. 1.

⁵ Daniel AMAR, La corruption active d'agents publics étrangers, Rec. Dalloz, n° 31, 9 septembre 1999, (pages roses), Paris, p. 2.

⁶ Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, Moniteur Belge, 22 juin 1999, entrée en vigueur le 2 juillet 1999.

1999 - N° 21

ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable " .

Les peines prévues sont l'amende, la confiscation spéciale, la dissolution, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, la fermeture ou encore la publication de la décision.

Luc BIHAIN

MAILING AGON

Toute personne qui ne reçoit pas AGON à l'heure actuelle et qui serait désireuse de l'obtenir à l'avenir peut retourner ce document par télécopie :

If you are currently not receiving AGON and wish to receive AGON in the future, you may return this document via facsimile 32 (0) 4 366 31 44.

Die Person, die AGON z.z. nicht erhält und gerne erhalten möchte, kann die vorliegende Seite ausfüllen und per Telekopie zurückschicken 32 (0) 4 366 31 44.

Iedere persoon die AGON tegenwoordig niet ontvangt en die wenst deze in de toekomst te bekommen kan dit document per fax terugsturen 32 (0) 4 366 31 44.

Document à renvoyer à l'attention de / *Document to be returned to the attention of*

Luc Bihain, Rédaction AGON,
Faculté de Droit - B-31 - B-4000 LIEGE

Fax : **32 (0)4 366 31 44**
e-mail : Luc.Bihain@ulg.ac.be



Nom / Name :

Prénom / First Name :

Adresse / Address :

☎ : Fax :

Date

Signature

24

1999 • N° 24

AGON

CONTENTS

2

Un veilleur pour l'Europe
Mireille DELMAS-MARTY

4

Corpus Juris, european public prosecution and national trials for eurocrimes: is there a need for a european pre-trial chamber?
Christine VAN DEN WYNGAERT

9

COMMISSION EUROPÉENNE
 OFFICE EUROPÉEN DE LUTTE ANTIFRAUDE (OLAF)
 Coordination et politique générale, affaires juridiques, cellule de liaison et d'expertise pénale
Claude LECOQ

12

BELGIUM
 La saisie pénale en droit belge : dernière actualité
Christophe MEUNIER

15

Report of activities financed by the european commission for the setting up of an international criminal court
Jorge CABACO

18

XVI. International congress of penal law (AIDP) "criminal justice systems facing the challenge of organised crime"
Tom ONGENA
Imeke ONSEA

21

ACTUALITÉS LÉGISLATIVES
 Corruption : la France plus tolérante que la Belgique
Luc BIHAIN

Adresse de la rédaction

Luc Bihain,
 Rédacteur en chef
 Faculté de droit
 Boulevard de Receptorat 3,
 B. 33,
 B 4000 Liège.
 Phone : 32 (0) 4 366 31 41
 Fax : 32 (0) 4 366 31 44
 e-mail : Luc.Bihain@ulg.ac.be

Correspondant pour la Commission européenne

F. de Angelis, Directeur
 D.G. XX
 Contrôle financier
 Rue de la Loi 200
 1049 Bruxelles