

N°

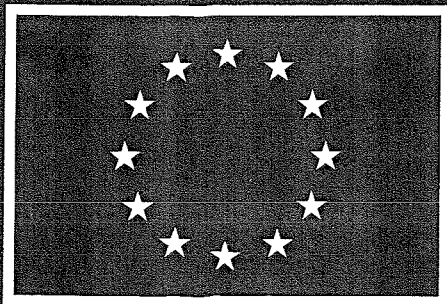
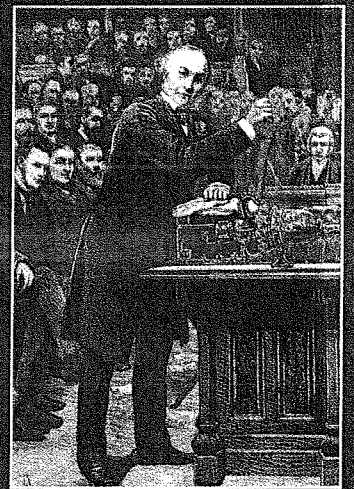
23

7ème année

Août 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

I. CORPUS JURIS

CORPUS JURIS, PARQUET EUROPÉEN ET JUGE NATIONAL VERS UNE CHAMBRE PRÉLIMINAIRE EUROPÉENNE ?

1. Le *Corpus juris* et l'interface entre le parquet européen et le juge national

Le *corpus juris*, on le sait, ne vise pas la création d'une cour pénale européenne à l'instar des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* de La Haye et d'Arusha. Il se limite, en revanche, à préconiser l'introduction d'un parquet européen, tout en laissant intact les systèmes judiciaires des États membres. Si, en effet, le *corpus* propose la création d'un parquet européen qui dirigerait les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions contre les intérêts financiers de l'Union, les juges resteraient nationaux : ce sont eux qui décerneraient des mandats d'arrêt et de perquisition et qui prononceraient les jugements et les sanctions. En ce faisant, le *corpus* essaye d'établir un équilibre entre deux objectifs : d'une part celui d'assurer une "européanisation" limitée de la répression des infractions contre les intérêts financiers de l'Union européenne et d'autre part celui de laisser intact les systèmes judiciaires internes.

Greffer un système de poursuite européen sur 15 systèmes judiciaires nationaux constitue bien évidemment, un énorme défi. Il aurait été plus facile de proposer la création d'une cour pénale européenne et d'éviter ainsi les problèmes résultant de l'interface entre le niveau européen des poursuites et le niveau national des jugements. Or, les rédacteurs du *corpus* ont voulu que les intérêts financiers de l'Union européenne soient protégés par les juges nationaux. Ils préconisent un système où, dans l'application des infractions contre les intérêts financiers de l'Union (art. 1-8 du *corpus*), les juges pénaux nationaux s'érigent en juges communautaires, tout comme le font leurs collègues dans d'autres branches du droit.

Le *corpus juris* fait actuellement l'objet d'une étude sur son suivi, à charge du Parlement européen et de l'OLAF/Commission. Dans les quinze états membres, une étude a été menée sur la mise en œuvre éventuelle du *corpus* en droit interne. Les résultats de ces études ont été

débatte lors d'un colloque organisé par le Parlement et la Commission européenne à Florence les 6-7 mai 1999. La réflexion qui s'ensuivit fera l'objet d'un rapport de synthèse qui sera publié, avec les rapports nationaux, à la fin de cette année¹.

Une partie de la réflexion portait sur le principe de la territorialité européenne. Partant de certaines critiques formulées à l'égard du *corpus* dans les rapports nationaux, nous nous sommes interrogés sur l'opportunité de créer une chambre préliminaire (*committal court - pre-trial chamber*) sur le plan européen. Sans vouloir mettre en cause le principe que les mandats de coercition et les jugements doivent rester de la compétence des juges nationaux, nous avons proposé la création d'une *chambre préliminaire européenne*, qui déciderait du renvoi de l'affaire devant la juridiction nationale compétente. Cette proposition s'inspire d'un double souci : d'une part celui de protéger le justiciable européen contre des pratiques de *forum shopping*, d'autre part celui de garantir l'efficacité dans la répression des fraudes transeuropéennes en permettant la "concentration" des poursuites dans l'état membre qui est le mieux placé pour juger l'affaire. Nous avons lancé le débat sur cette question lors du colloque sur la mise en œuvre du *corpus juris* à Florence les 6-7 mai 1999 qui réunissait les membres du comité de direction de l'étude *suivi du corpus juris* ainsi que des représentants des associations des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Nous voulons, par ces lignes, inviter les lecteurs d'*Agon* à nous joindre dans le débat².

2. La territorialité européenne

Le principe central sur lequel repose le *corpus juris* est celui de la territorialité européenne (art. 18 § 1). Pour ce qui est des infractions, définies aux art. 1-8 du *corpus*, l'ensemble des territoires des pays membres de l'Union européenne constitue un espace unique. Le ministère

1 DELMAS-MARTY, M., «Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus juris» (à paraître)

2 Nous avons également eu l'occasion de partager ces réflexions avec des membres de l'European Criminal Bar lors de leur réunion annuelle à Rome (30 avril 1999) ainsi qu'avec le Gezelschap voor Internationaal Strafrecht à La Haye, le 18 mai 1999. Les réactions et observations critiques que nous avons reçues de ces deux audiences ont été une aide précieuse dans la réflexion développée dans cet article. Nous tenons à remercier de leurs questions et commentaires pertinents les membres de ces deux associations, ainsi que tous ceux qui ont participé au débat à Florence le 6-7 mai 1999.

public européen peut exercer les poursuites et conduire les investigations dans tout le territoire de cet espace (art. 24 § 1a), les mandats, décernés par les juges des libertés nationaux (art. 24 § 1b) et les jugements, rendus par les cours et tribunaux des pays membres de l'Union (art. 24 § 1c) y sont exécutoires. En d'autres termes, la compétence *ratione loci* du parquet européen et des juges nationaux délivrant des mandats ou des jugements en application des dispositions du *corpus juris* s'étend à tout l'espace judiciaire européen. La territorialité européenne s'étendant à l'ensemble des territoires des États membres, la compétence *ratione loci* du parquet européen et des magistrats nationaux (juges des libertés, juridictions de fond) comprend l'espace judiciaire en son intégralité.

Le principe de la territorialité européenne implique, pour les infractions en question, qu'il y a *concurrence de compétence* des juridictions des quinze états membres. Comme il n'y a pas de hiérarchie des compétences, seulement des critères permettant de saisir les juridictions pénales de l'état où la poursuite devrait avoir lieu dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (art. 26 2, voir ci-après), il s'ensuit que, dans des cas concrets, le *choix du forum* s'impose. Ce choix aboutira souvent à une *concentration des poursuites* : en cas de fraudes transeuropéennes situées dans plusieurs états membres, et où donc plusieurs états sont à la fois compétents de connaître de l'affaire, il conviendra de "concentrer" les poursuites dans l'état membre qui est le mieux placé pour juger de l'affaire en sa totalité.

Or, ce problème n'est pas spécifique à la territorialité européenne préconisée par le *corpus juris*. Dans l'hypothèse d'une fraude purement interne, on retrouve également des cas où plusieurs tribunaux sont, à la fois, compétents de juger une affaire. Par exemple, quand un nombre de personnes se sont engagées dans des pratiques frauduleuses qui se situent dans diverses localités à l'intérieur d'un seul pays, il se peut que les tribunaux de ces différentes localités soient tous compétents de juger l'affaire. Dans ces cas, un choix devra être effectué entre plusieurs tribunaux qui sont, à la fois, compétents et l'affaire devra, le cas échéant, être "concentrée" devant l'un d'entr'eux.

Toutefois, l'analogie avec le droit interne fait défaut sur un point crucial : si, dans une situation purement interne, le choix du *forum* n'a aucune incidence sur le droit applicable, le choix d'un *forum* étranger a pour implication que l'affaire sera jugée par une cour pénale dans un autre état. Cette cour procédera selon sa propre *lex fori*, c'est-à-dire, selon son propre droit pénal maté-

riel et selon ses propres règles de procédure pénale³. Même si le *corpus juris* unifie certaines incriminations pénales dont l'Union européenne est la victime (art. 1-8), il n'est pas exhaustif ni sur le plan de la sanction (art. 9-17) ni sur celui de la procédure (art. 18-34) de sorte que des divergences entre les systèmes nationaux peuvent subsister. En d'autres termes : si le *corpus juris* limite les différences de droit matériel et procédural résultant du choix du *forum*, elles ne sont pas pour autant éliminées (voir l'art. 35).

Dans une affaire de fraude transeuropéenne s'étendant à plusieurs états de l'Union et avec plusieurs accusés de nationalité différente, les personnes concernées (accusés, témoins, victimes) peuvent avoir des intérêts divergents par rapport au choix du *forum* où l'affaire sera portée en jugement. En outre, il importe d'éviter des situations où, par le choix du *forum*, l'affaire soit portée devant les juridictions de l'état membre où la peine escomptée est la plus sévère ou de l'état membre où le régime de la preuve est le moins favorable à l'accusé. Il faut dès lors prévoir des critères pour choisir le *forum* et déterminer qui, en pratique, décidera du choix du *forum*.

3. Le choix du forum compétent

L'art. 26 § 2 du *corpus juris* énonce un nombre de critères pour déterminer le choix du *forum*. Le choix du *forum* national devant lequel une affaire sera renvoyée pour y être jugée s'effectue selon les critères d'une "bonne administration de la justice" énumérés à l'art. 26 § 2. Celui-ci dispose :

"Chaque affaire est jugée dans l'État membre dont la juridiction paraît la plus appropriée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les conflits éventuels de juridiction étant résolus selon les règles définies ci-après (art. 28). Les principaux critères du choix sont les suivants : a) l'État où se trouve la majeure partie des preuves; b) l'État de résidence ou de nationalité de l'accusé (ou des principaux accusés); c) l'État où l'impact économique de l'infraction est le plus important".

Cet article a été critiqué au motif qu'il contient une lacune évidente en ce qui concerne la détermination de la compétence *ratione loci*. Pour répondre à cette critique, il convient d'examiner comment les problèmes de ce genre sont résolus en droit interne. La question, autrement posée, est de savoir comment, en droit interne, des conflits de compétence entre divers tribunaux à compétence concurrente sont résolus. Si la réponse varie d'un

³ VANDER BEKEN, T. Forumkeuze in het internationaal strafrecht. Verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten, Maklu Uitgevers, 1999, 486p.

état membre à l'autre, elle se sert généralement, d'une façon ou d'une autre, d'une application du principe d'une "bonne administration de la justice".

En droit international pénal, l'approche est la même. Des critères d'une "bonne administration de la justice" ont été élaborés dans le cadre de la transmission des poursuites et des jugements répressifs. Ainsi, l'art. 8 § 1 de la Convention européenne sur le transfèrement des poursuites répressives (1972) énonce les critères suivants : résidence et nationalité de l'accusé, existence d'autres condamnations privatives de liberté ou de poursuites en course, intérêt de la découverte de la vérité, localisation des preuves les plus importantes, possibilité de reclassement social du condamné, possibilité de présence à l'audience de l'accusé. Des critères comparables figurent à l'art. 6 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (1970). Les critères prévus dans ces instruments n'ont pas pour but d'établir une hiérarchie des compétences; ils veulent seulement esquisser les principes directeurs pour guider les autorités compétentes dans le choix du *forum*, dans les intérêts d'une bonne administration de la justice.

Il y a toutefois lieu de souligner que la notion d'une bonne administration de la justice ne signifie pas uniquement que doivent être respectées les nécessités d'une justice rapide et efficace. Un juste équilibre s'impose entre d'une part les nécessités de la poursuite et d'autre part les considérations humanitaires comme la résocialisation de la personne condamnée, la poursuite pénale dans un pays dont l'accusé connaît le droit et la langue judiciaire, les intérêts de la victime, etc⁴.

L'impossibilité d'établir une liste avec des critères hiérarchiques et la flexibilité qui en résulte pour celui qui effectue le choix ne sont pas sans poser problème. On peut imaginer des hypothèses où les différentes parties dans une affaire de fraude transeuropéenne auront intérêt à ce que l'affaire soit portée devant une juridiction nationale différente. Ce problème peut se poser, par exemple, dans un cas où il y a des accusés de différents

pays membres qui, chacun, voudraient que l'affaire soit renvoyée à leur juge national, en vertu de l'art. 26 § 2b. En outre, il se peut que le parquet veuille porter cette même affaire devant la juridiction de l'état membre où se trouvent la majeure partie des preuves (art. 26 § 2a) ou encore là que l'impact économique de l'infraction est le plus grand (art. 26 § 2c). Qui devra, dans des cas concrets, choisir le *forum* compétent ? Qui tranchera, en cas d'intérêts divergents ?

4. Qui choisit le forum ?

4.1. Le parquet européen ?

En droit interne, le pouvoir de saisir la juridiction de fond compétente est normalement attribué à l'instance poursuivante, en l'occurrence le ministère public. Parfois, cette décision est soumise à un contrôle juridictionnel qui porte, selon le cas, sur la suffisance des preuves, la régularité de celles-ci et le choix du *forum*. Dans certains états membres, il existe des juridictions spécialisées pour assurer ce contrôle⁵.

Dans le *corpus*, il était logique d'attribuer ce choix au ministère public européen. Ainsi, l'art. 21 § 1 dispose :

"Lorsqu'il estime que les investigations sont terminées, le procureur européen délégué décide, sous le contrôle du procureur général européen, soit de rendre une décision de non-lieu, soit de renvoyer l'affaire en jugement".

Cette décision s'effectue toutefois sous un double contrôle juridictionnel. D'une part, il y a un contrôle par le juge des libertés. L'art. 25 § 3 stipule :

"A la fin de la phase préparatoire, s'il décide de renvoyer l'affaire en jugement (cf. art. 21, par. 1 et 3), le P.G.E. soumet cette décision au juge des libertés qui véri-

4 Voir le projet de recommandation 3B du 16e Congrès international pénal (section IV) de l'Association internationale de droit pénal (Budapest, septembre 1999), VAN DEN WYNGAERT, C., "The transformations of international criminal law as a response to the challenge of organised crime", et "Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée", *Revue internationale de droit pénal*, 1999/1.

5 Parmi les états qui connaissent des juridictions de renvoi figurent la Belgique, la Grèce et le Luxembourg (chambre du conseil), la France (Chambre d'accusation) et l'Italie (giudice dell'udienza preliminare). Le rôle de ces instances nationales varie d'un état à l'autre. Souvent, leur tâche est de décider si les preuves recueillies par le parquet sont suffisantes pour justifier un renvoi. En outre, ces tribunaux peuvent dans certains états (p.ex. en Belgique et en France) purger le dossier pénal en éliminant les preuves irrégulières. En certains pays, les décisions de ces juridictions peuvent faire l'objet d'appel et même d'un pourvoi en cassation. D'autres états, en revanche, ne connaissent pas de juridiction de renvoi et laissent la décision sur la suffisance des preuves à la juridiction de fond (p.ex. le *Zwischenverfahren* en Allemagne). Voir 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, 638p.

fié la régularité de toute la procédure, exclut le cas échéant certaines preuves obtenues en violation des règles posées ci-dessous (art. 32) et saisit la juridiction de renvoi selon les règles déterminées ci-après (art. 26)”

En outre, le *corpus* permet un recours devant la Cour de Justice européenne en cas de conflit de compétence. L’art. 28 § 1 (c) dispose :

“La Cour de justice est compétente pour statuer en matière d’infractions définies ci-dessus (art. 1 à 8) dans trois cas : [...] c) à la demande du M.P.E. ou d’une autorité judiciaire nationale sur les conflits de compétence relatifs à l’application des règles posant le principe de territorialité européenne, en ce qui concerne tant le ministère public (art. 18 et 24) que l’exercice de la garantie judiciaire par les juridictions nationales (art. 25 à 27)”.

Malgré ce double contrôle juridictionnel nous croyons que le choix sera, dans la pratique, fait par le parquet européen, même si c’est le juge des libertés qui, selon l’art. 25 § 3, saisit la juridiction compétente. Le contrôle qu’attribue l’art. 25 § 3 au juge des libertés est celui d’un *juge de mise en état*, c’est-à-dire, d’un juge qui décide du renvoi de l’affaire devant la juridiction de fond. En cette conception de la procédure, la logique semble dicter que le juge des libertés, s’il décide de renvoyer l’affaire, effectue ce renvoi auprès des juridictions pénales de l’état où il exerce son mandat. On peut, en effet, difficilement imaginer qu’un juge de mise en état dans un état membre (que cela soit la chambre du conseil, la chambre d’accusation, le *giudice dell’udienza preliminare* ou encore une autre instance, désignée dans chaque état membre) puisse saisir les juridictions de fond d’un autre état membre.

Ainsi, la saisine d’un juge des libertés d’un état particulier pour décerner un mandat déterminera, indirectement, le *forum* sans que les critères énoncés à l’art. 26 § 2 puissent entrer en compte. C’est dire que, malgré l’article 25 § 3, le choix du *forum* appartient, *de facto*, au parquet européen. S’il décide de centraliser tous les mandats de coercition chez un *seul* juge des libertés, il en résulte que ce sera la juridiction de fond compétente de l’état où se trouve ce juge des libertés qui sera, à la fin de l’enquête, saisie.

Du point de vue du justiciable européen, cette situation ne paraît guère satisfaisante. Il n’a aucun contrôle sur l’application des critères, énoncés à l’art. 26 § 2, par le parquet et le recours, prévu à l’article 28 § 1 (c), ne lui est pas ouvert. Il n’est pas protégé contre un éventuel *forum shopping*, où le parquet porterait l’affaire devant les juridictions de l’état où cela conviendrait le mieux à la partie poursuivante.

4.2. Le juge des libertés (national) ?

La question se pose dès lors si le juge des libertés, quand il clôt l’enquête (art. 25 § 3), doit pouvoir apprécier l’application de l’art. 26 § 2 et, le cas échéant, saisir les juridictions de fond dans un autre état membre.

Prenons l’exemple d’une fraude aux subventions comise par des ressortissants portugais au Portugal. Supposons qu’une des preuves a été obtenue suite à une perquisition-saisie en Finlande, autorisée par le juge des libertés finlandais sur réquisitoire du procureur européen délégué finlandais. Supposons également que, conformément aux paragraphes b) et c) de l’art. 26 § 2, il paraîtrait que les tribunaux portugais seraient mieux placés pour juger l’affaire. Dans ce cas le juge des libertés finlandais devrait, nous semble-t-il, pouvoir être dessaisi au profit de la juridiction portugaise compétente.

Il existe une autre hypothèse où le juge des libertés devrait pouvoir être dessaisi au profit d’un tribunal dans un autre état membre : c’est le cas où plusieurs juges des libertés, dans plusieurs états membres, ont été saisis.

Prenons l’exemple d’un carrousel TVA dans plusieurs états membres, qui a donné lieu à des perquisitions et saisies en Irlande, Autriche, Espagne, Italie et Belgique. Normalement, ce seront les juges des libertés dans chacun de ces états qui auront décerné les mandats (art. 20 § 3d), à moins que les investigations n’aient, dès le début de l’enquête, été centralisées devant un juge des libertés seulement. Supposons que la plupart des accusés résident en Italie et que, pour des raisons de politique criminelle (art. 26 § 2b), le ministère public européen souhaite porter l’affaire devant les tribunaux compétents en Italie. Dans ce cas, les procureurs européens délégués en Irlande, Autriche, Espagne et Belgique devraient pouvoir demander aux juges des libertés respectifs de se dessaisir en faveur des tribunaux italiens.

Ainsi, la décision sur le renvoi comporte, dans un contexte européen, un élément qui va au-delà de la mise en état dans un contexte purement interne. En cette dernière hypothèse, la mise en état se concentre sur la question de la suffisance des preuves (et, parfois aussi de la régularité de celles-ci). Or, le juge de la mise en état dans une affaire transeuropéenne désignera aussi le *for*, et, en ce faisant, le droit applicable et la procédure appliquée.

Pourrait-on envisager un système où le juge des libertés national agissant en tant que juge de mise en état d’un état membre saisirait directement une juridiction pénale dans un autre état membre? Vu l’“asymétrie” de l’organi-

sation judiciaire dans les États membres, cette proposition semble peu réaliste. Elle supposerait, dans le chef des juges des libertés des 15 États membres, une connaissance parfaite de l'organisation judiciaire des autres États membres. Elle supposerait aussi que les juges des libertés concernés puissent avoir une vue d'ensemble de l'affaire dans toutes ses branches transeuropéennes, leur permettant d'apprécier, en connaissance de cause, où les poursuites doivent être centralisées. En outre, il sera très difficile pour un juge des libertés national d'apprécier l'application des critères énoncés à l'art. 26 § 2, qui présupposent que l'on ait une vue d'ensemble de tous les éléments du dossier pénal, y compris les éléments de preuve qui ont été recueillis sur le territoire d'un autre État membre.

Enfin, attribuer cette décision à un juge de mise en état national ouvrirait la porte à tous les recours qui existeraient en vertu du droit national contre la décision de mise en état dans l'État membre concerné, avec tous les retards que cela puisse entraîner et l'inégalité entre les États membres qui permettent un recours et ceux qui ne le permettent pas⁶.

4.3. Une chambre préliminaire européenne?

Nous pensons que le choix du *forum* doit être fait par le parquet européen, sous le contrôle d'un juge européen. Attribuer ce contrôle au juge des libertés national, comme le fait actuellement le *corpus juris* dans son art. 25 § 3 ne paraît pas être une situation idéale. Le contrôle qu'exercerait éventuellement la Cour de justice européenne (art. 28 § 1 (c)), prenant la forme d'un *recours a posteriori* et après qu'un conflit de compétence ne se soit manifesté, n'est pas une solution adéquate : la Cour n'interviendrait qu'à la demande d'une autorité judiciaire nationale ou du parquet européen, pas à la demande d'une des parties intéressées. Elle n'effectuerait pas une véritable mise en état de l'affaire. Il nous semble, en revanche, que ce contrôle devrait pouvoir être effectué au moment de la clôture de l'enquête préliminaire par le parquet européen. Si ce contrôle était introduit *en amont*, avant la saisine de la juridiction de fond (par une chambre préliminaire européenne), le contrôle *en aval* (recours près de la Cour de justice) pourrait être supprimé.

Si on décidait d'introduire une telle chambre européenne, diverses pistes de réflexion s'ouvriraient en ce qui concerne sa composition et ses compétences. Il existe déjà, sur le plan international, un modèle dont l'on pourrait s'inspirer : la chambre des mises en état du Tribunal

International Permanent (Traité de Rome, 17 juillet 1998). La chambre pourrait être composée de juges appartenant à la Cour de Justice européenne, où, alternativement, un nouvel organe pourrait être créé. On pourrait songer à une chambre qui tiendrait des audiences, pas seulement à Luxembourg où à Bruxelles mais sur tout le territoire de l'Union, à l'instar des *circuit courts of appeal* dans certains pays du *common law*.

Il s'agirait d'une institution qui irait de pair avec le ministère public européen et qui pourrait être saisie au moment de la clôture des enquêtes et du renvoi de l'affaire devant la juridiction nationale compétente. Cette décision porterait sur (1) la suffisance des preuves et (2) le choix du *forum*, sur proposition du ministère public européen. Ainsi, le choix de l'État membre où l'affaire serait portée en jugement serait contrôlé par cette chambre. Au cas où les investigations et poursuites auraient été menées sur le territoire de plusieurs États membres sous le contrôle de différents juges des libertés nationaux, l'affaire serait concentrée devant les juridictions compétentes d'un État seulement, selon les critères prévus à l'art. 26 § 2.

5. Conclusion

Le *corpus juris* attribue deux fonctions très différentes au juge des libertés (national) : celle de décerner des mandats de coercition (arrestation, perquisition, etc.) et celle de renvoyer l'affaire devant la juridiction pénale compétente. Il nous semble que son mandat devrait se limiter à la première fonction uniquement. Tant pour des raisons d'efficacité que pour mieux protéger le justiciable européen, nous croyons qu'il convient d'europeaniser (le contrôle) de la décision sur le renvoi en l'attribuant à une chambre préliminaire européenne. Cette idée ne touche pas au principe fondamental du *corpus* : les mandats de coercition et les décisions sur le fond des affaires resteraient de la compétence des juges nationaux. Seul (le contrôle de) la décision sur le renvoi serait europeanisée, en protégeant ainsi le justiciable contre des pratiques de forum shopping et en judiciarisant la décision sur la concentration des poursuites sur le plan de l'Union.

Christine VAN DEN WYNGAERT
Professeur de droit (Université d'Anvers)
Membre du comité de direction,
Étude suivie du *corpus juris*
10 juin 1999

⁶ Par exemple, en Belgique, la décision de mise en état par la chambre du conseil peut faire l'objet d'un appel devant la chambre des mises en accusation et, dans certains cas, d'un pourvoi en cassation. En revanche, les Pays-Bas et l'Allemagne ne connaissent pas un contrôle intermédiaire de ce genre.

RÉFLEXIONS SUR LA BASE JURIDIQUE DU CORPUS JURIS

Le Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, vient de trouver sa forme définitive. Après la publication, en 1997, du premier projet et après deux années de vives discussions dans les États membres, les chercheurs chargés de l'élaboration de ce Corpus se sont mis d'accord, lors d'un séminaire tenu à Florence en mai 1999, sur le texte définitif de leurs propositions, texte tenant compte des multiples critiques énoncées et des obstacles juridiques que le Corpus peut rencontrer dans les systèmes nationaux de droit pénal et de procédure pénale.

Cette rédaction finale et la publication imminente des changements du texte original du Corpus invitent à repenser, et si possible résoudre le problème de la base juridique d'une future réalisation politique de ce Corpus.

I.

En principe, je maintiens mon avis sur la base juridique du Corpus Juris tel qu'il a été exprimé dans AGON n° 17 (1997) p. 12 et s. Cet avis portait du fait que le nouvel article 280 al. 4 phrase 1 du Traité CE après Amsterdam oblige le Conseil à garantir une protection effective et équivalente des intérêts financiers de la CE dans les États membres et que les «mesures nécessaires» pour la prévention et la lutte contre les fraudes communautaires incluent, suivant la terminologie et le système du Traité, des mesures pénales. Quand l'alinéa 2 de l'article 280 parle des «mesures» pour lutter contre la fraude, en se référant au niveau national, l'expression inclut sans aucun doute, et vise surtout, la législation pénale (nationale). Il serait étrange si la même expression («mesures») reprise par la première phrase de l'alinéa 4, excluait a priori chaque mesure pénale (interprétation «systématique»). Au contraire, la notion de «lutte» inclut, et vise surtout, le droit pénal. Cela est d'autant plus valable que cette phrase parle de «toutes mesures». Et sous l'angle (de nouveau «systématique») de l'unité des Traités, on soulignera que l'article K. 1 = article 29 TUE répète à travers ses deux paragraphes la dualité des notions «prévention» et «lutte». On connaît d'ailleurs la technique des règlements communautaires statuant expressément qu'une mesure n'a pas un «caractère pénal» quand ceci est voulu par le législateur. Ce langage et cette technique certes étaient connus de ceux qui ont rédigé l'article 280. Est aussi révélatrice la terminologie

de l'alinéa 4 de l'article 280 quand celui-ci garantit non l'existence mais «l'application» du droit pénal national. On sait que c'est le droit communautaire qui, par sa primauté, rend normalement «inapplicable» les normes juridiques nationales. Garantir l'application du droit pénal national présuppose donc qu'il existe, ou existera, un droit communautaire qui pourrait porter entrave au droit national. La garantie de «l'application» du droit pénal des États membres dans la phrase 2 de l'alinéa 4 n'exclut donc pas la compétence du Conseil pour compléter ce droit pénal national là où il est déficitaire, en comparaison avec le droit des autres États membres, pour garantir une protection pénale efficace et équivalente des intérêts financiers de la Communauté. Cependant, la réalisation de la partie procédurale du Corpus, et surtout l'introduction d'un Ministère public européen, ne pourra pas se baser sur l'article 280 étant donné que l'introduction de nouveaux principes de procédure et la création de nouvelles institutions procédurales changeraient sans aucun doute la procédure nationale et l'organisation judiciaire.

II.

Après l'entrée en vigueur du Traité UE, on pourra ajouter à ces idées antérieurement exprimées ceci :

1. En dehors de l'article 280 du Traité CE, l'article 29 alinéa 2 et l'article 31 lit. e du Traité UE attribuent à l'Union européenne la compétence de rapprocher les dispositions pénales des États membres en établissant des éléments minima d'infractions et de peines dans les domaines de la criminalité organisée et de la fraude. A cet égard, le Conseil a le droit, selon l'article 34 alinéa 2 lit. b du Traité EU, d'accepter, par exemple, des Décisions-cadre dont l'effet est le même que celui des Directives (voir article 249 alinéa 3 Traité CE), laissant aux États membres le choix de la forme et des moyens, donc surtout le choix des sanctions (voir projet d'une Décision-cadre du Conseil du 29 mars 1999 sur la protection pénale contre les actes frauduleux concernant les procédures d'adjudication). Le Corpus Juris pourrait donc être fondé (aussi) sur les mêmes articles (29, 31 et 34 Traité UE) parlant de corruption et de fraude.

2. Dans le cadre de l'article 280 du Traité CE l'alinéa 4, dans ses deux phrases, garantit -comme il a été expliqué supra, I. - l'application de la loi pénale nationa-

le en vigueur sans exclure une compétence pénale communautaire complémentaire qui va plus loin que la législation d'un État membre. Et c'est par le moyen d'une interprétation « téléologique » qu'un tel pouvoir pénal communautaire complémentaire se voit établi de manière strictement inévitable. Comment le Conseil pourrait-il autrement garantir une lutte efficace et équivalente dans, et par, les États membres dont l'administration de justice pénale reste compétente pour l'application des lois pénales nationales et, le cas échéant, des règlements communautaires ? Cette solution se trouve en plein accord avec le principe de subsidiarité des interventions communautaires.

En ce qui concerne les formes d'action, soit un Règlement soit une Directive selon l'article 249 du Traité CE paraît possible. La Directive peut paraître comme moyen le plus adéquat laissant aux États membres le choix des sanctions qui peuvent être considérées comme faisant partie de l'application du droit pénal des États membres car, contrairement au droit civil, les sanctions prévues dans les normes pénales ne peuvent être appliquées que dans la procédure (v. Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 3ème éd. Heidelberg 1994, p. 114 et s.; traduction espagnole de la 2ème éd. sous le titre « Introducción al Derecho penal y procesal penal », Barcelone 1988, p. 134). Certes, des différences graves entre les sanctions (voir par exemple le contraste connu entre Pays Nordiques et Pays-Bas d'une part et Pays Latins d'autre part!) peuvent porter atteinte au principe d'équivalence, établi par l'article 280 alinéa 4. Cependant, il s'agit ici d'un problème plutôt politique que juridique, d'acceptation par les nations et de leurs traditions de politique criminelle.

3. Or, lors d'un séminaire tenu sur le Corpus à Trèves en mars 1999, il a été dit (par la délégation grecque) que le fait de « compléter » le droit des États membres par des « mesures nécessaires » communautaires pourrait, dans certains cas, porter atteinte à « l'application » du droit pénal national qui engloberait le réalisation de certains principes tacites ou explicites. Ceci soulève un problème parallèle à celui des « lacunes » dans l'article 35 phrase 2 du Corpus Juris (dont les termes seront cependant changés dans la version finale). Ainsi, pour donner deux exemples, la restriction de l'escroquerie dans le droit pénal national à la commission intentionnelle peut être considérée comme conséquence d'un principe de politique criminelle (de restriction du droit pénal aux actes intentionnels en matière de délits contre le patrimoine), et l'introduction du concept unitaire d'auteur, par exemple dans le droit autrichien et italien,

constitue un pas réfléchi et décidé contre le système répandu de différenciation.

Pour répondre à cette critique, on dira d'un côté qu'en effet dans le deuxième cas, le législateur communautaire ne pourra pas engager l'Autriche et l'Italie à changer leur concept d'auteur, et ceci parce que ce concept est plus large et plus effectif que le concept différencié qui n'est qu'une forme minimale de protection des intérêts. De l'autre côté, inclure, par exemple, la punition de la « recklessness » (imprudence délibérée) dans l'article sur la fraude communautaire (voir article 1 du Corpus), augmentera le niveau de protection et le rend donc plus efficace tout en laissant intacte les infractions nationales de fraude intentionnelle : La Fraude commise par imprudence grave sera un nouveau délit (économique) qui vient s'ajouter aux délits patrimoniaux classiques du droit pénal national qui restent applicables. De même, pour donner un autre exemple de la Partie Générale, l'introduction de la punition du chef d'entreprise et du décideur pour omission de contrôle, ajoute un aspect nouveau aux ordres juridiques qui ne connaissent pas cette forme généralisée de responsabilité pénale sans leur imposer par exemple l'obligation de punir la « commission par omission » : La responsabilité pénale du chef d'entreprise, proposée par l'article 13 du Corpus, peut être entendue plutôt comme une infraction nouvelle qu'un élargissement des concepts d'auteur.

III.

En résumé, la partie « droit de fond » du Corpus Juris ne pourra pas être fondée de manière globale sur l'article 280 alinéa 4 du Traité CE, mais il faudra pour chaque article -surtout dans la Partie Générale- une analyse détaillée de la nature des obstacles nationaux, analyse menée d'ailleurs dans le cadre de l'étude « Suivi du Corpus Juris ». Il en est autrement quand on applique les article 29 et ss. du Traité UE qui permettent un rapprochement, donc aussi des changements, des solutions nationales existantes des systèmes pénaux des États membres.

Klaus TIEDEMANN
Professeur à l'Université
de Fribourg-en-Brisgau
Directeur de l'Institut de
Criminologie et de Droit pénal
des affaires

II. JURISPRUDENCE

UNIFORMITÉ COMMUNAUTAIRE ET AUTONOMIE NATIONALE : LA SIGNIFICATION DES RENVOIS AU DROIT (PROCÉDURAL) PÉNAL DANS LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE

Introduction

Le droit (procédural) pénal ne constitue pas une compétence de la Communauté; il relève des compétences exclusives, du domaine de souveraineté des États membres. Suite à cette prise de position fréquente, maints pénalistes se voient renforcés dans l'idée que le droit communautaire ne relève pas de leurs préoccupations immédiates. Cette prise de position n'est en soi pas erronée. Un problème découle toutefois du silence qu'elle entraîne sur un certain nombre de points; ainsi, elle ne donne pas d'aperçu de l'influence du droit communautaire sur le droit (procédural) pénal et de l'insertion du droit (procédural) pénal dans l'ordre juridique communautaire. Quoi que l'on fasse, le droit procédural pénal joue un rôle important lors de la sauvegarde de la politique économique et sociale de la Communauté européenne. Il est clair que la CE ne dispose pas elle-même en la matière de compétences pénales d'enquête et de sanction et qu'elle doit se tourner vers le «*ius puniendi*» des États membres. Mais cela ne signifie pas que le droit (procédural) pénal soit soustrait à l'effet d'harmonisation de la réglementation communautaire. Jusqu'à ce jour, les règlements ou directives ne parlent pas d'obligations pénales directes imposées aux États membres, impliquant des incriminations ou des sanctions pénales. Celles-ci n'apparaissent que dans le cadre du droit de l'Union, comme par exemple l'obligation d'incriminer la fraude en matière de recettes ou dépenses CE et la corruption active et passive de fonctionnaires nationaux et de fonctionnaires CE, reprise dans les conventions récentes du troisième pilier. L'absence de prescriptions pénales directes de ce type dans le premier pilier ne signifie toutefois pas que les obligations de contrôle et de sanction qui apparaissent dans les règlements ne soient pas liées au droit (procédural) pénal. Les États membres ont en effet souvent choisi de respecter ces obligations concrètes par le biais du droit pénal. Cela signifie que le législateur pénal, la police, le ministère public, le juge pénal exécutent des missions communautaires de sauvegarde et qu'ils doivent ce faisant constamment tenir compte des exigences du droit communautaire.

On pourrait en déduire que le droit communautaire secondaire ne renvoie jamais directement au droit pénal ou à la procédure pénale. Rien n'est moins vrai. Dans le Traité d'Amsterdam, donc dans le droit communautaire primaire et donc pour la première fois dans le cadre du premier pilier, on renvoie expressis verbis à «l'application du droit pénal national ou l'organisation judiciaire nationale» (art. 135 relatif à la coopération douanière et art. 280 relatif à la fraude CE), et ce pour exclure ces deux domaines de la compétence communautaire d'harmonisation, on déclenche ainsi la discussion sur la signification et la portée de ces termes. Il est donc, selon moi, intéressant de jeter un regard sur les renvois existants au droit pénal dans le droit communautaire secondaire. Dans le cadre de cette rubrique, je souhaiterais aborder, en guise d'exemple, deux affaires sur lesquelles la Cour de Justice a statué.

Affaire C-273/90, Meico-Fell contre Hauptzollamt Darmstadt

L'entreprise allemande Meico-Fell avait envoyé, au début des années quatre-vingts, plusieurs chargements de peaux brutes de rats laveurs à une entreprise canadienne en vue de leur traitement. Après le traitement, ces peaux ont à nouveau été importées dans la Communauté mais lors de l'importation, on les avait systématiquement déclarées comme «peaux d'autres animaux» pour lesquelles aucun droit d'importation ne devait être réglé. Lors d'un contrôle douanier à l'entreprise, la déclaration d'importation frauduleuse a été découverte, ce qui a entraîné un avis de recouvrement du service de douane allemand (Hauptzollamt Darmstadt) portant sur les droits douaniers non acquittés lors de l'importation dans l'union douanière de la CE. A l'issue d'une réclamation demeurée sans succès, Meico-Fell a introduit un recours devant le Hessisches Finanzgericht qui a posé, en matière de réglementation communautaire, sur base de l'art. 177 CE, des questions préjudicielles à la Cour de Justice. Le point principal des questions se présente comme suit. Le règlement 1697/79, alors d'application, détermine dans son art. 2 qu'une action de recouvrement a posteriori ne peut plus être engagée au-delà d'un délai de trois ans à

compter du jour où le montant initial exige de la personne redevable de l'impôt est porté en compte ou, dans le cas où il n'y a pas eu de consignation, à compter du jour où la dette de douane relative au bien concerné est née. Bref, un délai communautaire obligatoire de prescription de trois ans, moyennant toutefois une nuance importante dans l'article 3 : «Lorsque les autorités compétentes constatent que c'est par la suite d'un acte passible de poursuites judiciaires répressives qu'elles n'ont pas été en mesure de déterminer le montant exact des droits à l'importation ou des droits à l'exportation légalement dus à l'égard de la marchandise en cause, le délai prévu à l'article 2 n'est pas applicable. Dans ce cas, l'action en recouvrement des autorités compétentes s'exerce conformément aux dispositions en vigueur en la matière dans les États membres». L'article 3 est important en l'espèce parce que toutes les parties au litige étaient d'accord pour dire que le délai de prescription de trois ans était écoulé. La question qui se pose est donc de savoir si la déclaration erronée introduite par Meico-Fell relève de la catégorie «des actes passibles de poursuites judiciaires». En l'espèce, la façon d'agir de Meico-Fell constituerait en Allemagne une infraction au paragraphe 378 de la loi allemande sur les impôts (Abgabenordnung) qui punit une fraude fiscale légère (leichtfertige Ordnungswidrigkeit) d'une amende relevant du Ordnungswidrigkeitenrecht et non de sanctions pénales issues du droit pénal. Dans la pratique, cela signifie que l'administration fiscale inflige une amende administrative (Ordnungswidrigkeit) contre laquelle il est possible de faire appel devant le juge pénal. Par conséquent, le délai de prescription du paragraphe 169 de l'Abgabenordnung est d'application; celui-ci est de cinq ans. Si le système des Ordnungswidrigkeiten fait partie de la référence reprise dans le règlement à «un acte passible de poursuites judiciaires», l'action en recouvrement a posteriori de la douane allemande tombe donc sous le délai autorisé de cinq ans et a des chances de réussir, sans quoi il y aurait dépassement du délai de prescription. Bref, doit-on lire la référence communautaire au droit (procédural) pénal national au sens formel, au sens strict ou au sens matériel ? D'un point de vue formel, le droit des Ordnungswidrigkeiten n'est pas un droit (procédural) pénal. Cela va même plus loin en ce sens qu'à partir des années cinquante, ce droit a été développé dans le cadre de la dépenalisation et décriminalisation; les sanctions sont en première instance infligées, non par le juge pénal mais par des autorités administratives ou des organes de l'administration. Le fait que le Code de procédure pénale (StPO) agisse sur le droit des Ordnungswidrigkeiten et que la Constitution allemande qualifie en tant que droit pénal tant le droit pénal que les Ordnungswidrigkeiten ne transforme toutefois pas les Ordnungswidrigkeiten en actes pénaux (Straftaten). C'est la raison pour laquelle Meico-Fell établit dans sa défense que le législateur com-

munautaire n'a voulu prévoir un délai de prescription plus long que pour des actes graves passibles de poursuites judiciaires en renvoyant au droit (procédural) pénal national qui connaît la plupart du temps un délai de prescription plus long. La Commission européenne renvoie au fait que le droit (procédural) pénal fiscal dans les États membres est très varié, ce qui fait que l'interprétation du concept conduirait à des résultats très divergents et que l'application uniforme du droit communautaire est donc mise en péril. La question essentielle pour la Commission est de savoir à quel moment la confiance liée au délai de prescription de trois ans ne mérite plus de protection. La réponse est la suivante : lorsque le comportement est susceptible d'être reproché à quelqu'un. Pour ces raisons, la Commission propose une interprétation de contenu pour le concept de «actes passibles de poursuites judiciaires», à savoir «non seulement les actes qui relèvent formellement du droit pénal, mais également les atteintes, dues à la négligence, aux dispositions relatives à la déclaration en douane qui visent à garantir le respect du devoir de vigilance incombant à l'assujetti». Il est clair que Meico-Fell répond à la deuxième partie de cette définition.

Dans cette affaire, l'avocat général de l'époque, W. Van Gerven, a déposé une conclusion intéressante. Van Gerven établit que le règlement poursuit un double objectif : d'une part, garantir la validité et l'application uniformes du tarif douanier communautaire moyennant la promulgation de règles uniformes en matière de recouvrement a posteriori des droits de douane; d'autre part, préserver le principe de sécurité juridique et/ou la protection de la confiance justifiée en soumettant le recouvrement obligatoire à un certain nombre de restrictions. Le recouvrement est ainsi facultatif ou impossible lorsque le prélèvement initialement injuste ou incomplet doit être attribué aux autorités de douane elles-mêmes; l'action en recouvrement est alors soumise à un délai de prescription communautaire (art. 2) ou national (art. 3).

Van Gerven est clairement partisan d'une explication autonome et uniforme du concept «un acte passible de poursuites judiciaires», d'autant plus qu'en matière de contenu, il n'est pas explicitement renvoyé au droit national. Bref, le juge national doit déterminer le contenu, sur base du droit national d'application, mais en appliquant des lignes d'interprétation uniformes, données par la Cour de Justice. Dans ses conclusions, Van Gerven s'attache dès lors à ces lignes d'interprétation. L'interprétation formelle de Meico-Fell présente l'avantage de la simplicité mais aussi l'inconvénient de l'absence de validité uniforme et de traitement inégal des assujettis. Le critère de contenu de la Commission rencontre ces objections mais présente l'inconvénient d'être difficilement applicable pour le juge national -et pour cette rai-

son, il n'offre pas non plus d'uniformité- et il est en outre difficilement conciliable avec la portée du règlement. L'interprétation proposée par la Commission aurait en effet comme conséquence qu'à chaque négligence fautive de l'assujetti, le délai de prescription plus long serait d'application, indépendamment de la nature et de la gravité de la sanction qui s'applique à une telle négligence, alors que le règlement prévoit également le délai de prescription de trois ans (art. 2) pour des actes de négligence. C'est la raison pour laquelle Van Gerven cherche un critère intermédiaire. Il croit d'abord pouvoir déduire de la comparaison linguistique du concept, à savoir dans les langues romanes, qu'il ne doit pas nécessairement s'agir du droit pénal formel mais qu'il s'agit également d'actes entraînant une sanction à caractère dissuasif ou punitif. Van Gerven cherche ensuite un soutien dans l'interprétation de l'art. 6 CEDH, d'autant plus que le droit communautaire reconnaît l'interprétation conforme à la CEDH des dispositions communautaires en tant que ligne directrice. On sait que la Cour eur.D.H. a attribué aux concepts d'«accusation en matière pénale» de l'article 6 (1) et «une accusée d'une infraction» de l'article 6 (2-3) une signification autonome, qui ignore la répartition formelle du législateur national. Bref, les garanties contenues dans l'article 6 ne sont pas seulement d'application dans le droit pénal formel mais également lorsqu'il s'agit d'une règle généralement valable à laquelle s'applique des sanctions à caractère dissuasif et punitif ou lorsque la peine s'appliquant à un fait donné, vu le degré de gravité, doit être considéré comme relevant de la sphère pénale. Cette jurisprudence de la Cour eur.D.H. s'est précisément développée à la suite du droit allemand des Ordnungswidrigkeiten (l'affaire Oeztürk). Van Gerven propose dès lors d'utiliser en l'espèce cette interprétation de l'article 6, même si c'est au détriment de l'intéressé. Il est important qu'un délai de prescription clair offre une protection juridique adéquate.

Après cette conclusion détaillée et intéressante, la Cour de Justice finit par céder. Deux points ressortent :

- 1) les versions linguistiques sont claires : droit pénal formel;
- 2) la sécurité juridique est prioritaire, certainement dans le cadre de réglementations ayant des conséquences financières pour les opérateurs économiques. La Cour de Justice opte donc pour un contenu juridique formel et national du concept, sans s'attacher davantage à la conclusion de Van Gerven. La Cour dit toutefois que «en fonction du droit pénal matériel en vigueur dans les différents États membres, l'application de ce critère peut, il est vrai, conduire à des résultats différents, mais ceci est à mettre en rapport avec la circonstance qui veut que la qualification d'un certain comportement n'est pas harmonisée dans l'état actuel du droit communautaire et qu'elle débouche

donc sur une affaire relevant du droit national». Il s'agit là d'une sécurité juridique qui conduit à une grande inégalité entre citoyens et qui s'oppose à l'harmonisation extrême du règlement. La sécurité juridique est en outre relative, parce que l'opérateur économique confronté aux délais de prescription divergents du droit procédural pénal national et aux variations entre le droit pénal formel et les sanctions administratives fiscales dans les États membres.

Affaire C-321/96, W. Mecklenburg contre Kreis Pinneberg - Der Landrat

Il ressort de l'affaire C-321/96 que la Cour n'utilise pas toujours un critère de distinction formel et les différents points sont fortement dépendants du contexte et de l'objectif de la directive ou du règlement; dans cette affaire, la juridiction administrative suprême de l'État fédéré du Schleswig-Holstein (Oberverwaltungsgericht) a posé des questions préjudicielles à propos de la directive 90/313 relative au libre accès aux informations en matière d'environnement. La directive a pour but de garantir le libre accès aux informations en matière d'environnement dont disposent les autorités et la diffusion de ces informations et de déterminer selon quelles règles constitutionnelles et sous quelles conditions ces informations doivent être mises à disposition. L'article 3 prévoit toutefois des exceptions, notamment «les affaires qui sont portées devant le juge ou qui l'ont été ou pour lesquelles des informations, des enquêtes disciplinaires ou des recherches sont en cours». L'Allemagne a consacré la directive dans son Umweltinformationsgesetz (UIG) qui prévoit dans son art. 7 entre autres comme motif d'exception : «le droit au libre accès aux informations en matière d'environnement est exclu au cours d'une procédure judiciaire, une information judiciaire ou une procédure administrative quand il s'agit de données obtenues par les autorités dans le cadre de cette procédure». Il est remarquable que cette disposition contienne des motifs d'exception plus larges que la directive, en ce compris des procédures administratives qui ne conduisent pas nécessairement à des sanctions (punitives). En l'espèce, Mecklenburg a demandé à la commune et au Kreis Pinneberg de lui envoyer une copie de la position adoptée par le service de l'urbanisme dans la procédure d'approbation des plans visant à aménager un périphérique ouest. La demande a été rejetée en qualifiant notamment la procédure d'approbation des plans d'«enquête judiciaire». Mecklenburg a engagé une procédure contre l'ordonnance négative auprès de l'instance administrative la plus élevée qui a notamment posé une question préjudicielle sur la portée du terme d'«enquête judiciaire» dans la directive. Tant l'avocat général que la Cour de Justice soulignent que l'exclusion porte exclusivement sur les

procédures à caractère judiciaire ou quasi-judiciaire ou en tous les cas sur les procédures qui, si l'infraction administrative ou pénale est constatée, conduisent irrémédiablement à une sanction à caractère pénal. L'avocat général et la Cour en arrivent à cette conclusion sur la base de la genèse de la directive et des versions dans les autres langues. Tous deux n'admettent pas une lecture aussi large du concept d'«enquête judiciaire», qui voudrait que tous les actes administratifs contre lesquels un appel est possible en relèvent. Bref, le concept d'«enquête judiciaire» issu de la directive doit dès lors être explicité, de sorte qu'une procédure administrative telle la procédure allemande concernée, qui demeure limitée à la préparation d'une mesure de droit administratif n'en relève que pour autant qu'elle précède immédiatement une procédure contentieuse ou quasi-contentieuse et découle de la nécessité, en vue de la phase procédurale proprement dite, d'obtenir des preuves ou d'engager une enquête à propos d'une affaire.

Conclusion

En tout cas, il peut être établi que la Cour de Justice n'est pas à la recherche d'une définition communautaire fixe des termes pénaux dans le droit communautaire secondaire. Le contenu et la portée des termes pénaux dépendent fortement du contenu, de l'objectif et de l'étendue de la directive ou règlement communautaire. Toutefois, on peut se demander si l'on ne doit pas utiliser de façon plus prudente les concepts de droit pénal national en droit communautaire secondaire, de sorte qu'il ressorte, plus clairement qu'à l'heure actuelle, s'ils demeurent ou non limités au droit pénal formel, au droit punitif des sanctions au sens de l'art. 6 CEDH ou au sens plus large. Les mêmes réflexions peuvent s'appliquer aux concepts «application du droit pénal national ou administration nationale de la justice» dans le traité d'Amsterdam. Le jour où la Cour de Justice sera appelée à interpréter ces concepts, elle ne pourra en tout cas pas renvoyer la balle aux contours formels du droit (procédural) pénal national, parce que la compétence juridique communautaire d'harmonisation dans le domaine de la coopération douanière et de la lutte contre la fraude ne peut évidemment pas défendre des différences nationales dans le domaine pénal.

Prof.dr. J.A.E. VERVAELE
Professeur de droit pénal économique
et financier - Utrecht
Professeur au Collège d'Europe - Bruges

THE STRUGGLE AGAINST ORGANIZED CRIME

Turin, 23rd April 1999. Mr Pino Arlacchi, the Deputy General Secretary of U.N.O., and Mario Monti, the Commissioner of the U.E., participated with the sponsorship of the Regional Council of Piedmont, to a Conference (organized by the «C.I.E.», «Centre for criminal tax law», «LIBERA» and «Narcomafie») on the theme «Towards the U.N. Convention». The new frontiers of the struggle against organized crime (with contributions of Rinaldo Bontempi, Piero Luigi Vigna, Antonio Rossi, Fernando Carpentieri, Giansandro Sandrelli, Ivo Caraccioli, Alberto Bradanini, Teresa Benvenuto, Emanuele Marotta, Vaifra Palanca - divided into two sections respectively devoted to «Narcotic trade, money laundering, tax heavens» -together with the serious subject of usury- and «the slave trade» (migrants, women, children).

During the Congress various themes on organized crime were examined closely, finding that, with the opening of the frontiers, new forms of expansion and diffusion (if you think of the modern techniques of the rapid transferring of money from a country to another, the imitation of commercial products, the disclosure of illegitimate trade through «Internet», the international trading of human organs, and so on).

And yet there are signs of optimism. From the U.N. observatory it results it is because of the effect of the actions of the contrast, that the traffic and the consumption of drugs are decreasing.

As for the European Commission, it is occupied in limiting the areas of «tax heavens», that are not only dangerous under a strict fiscal profile, but also for the connections, with the coverage that some of these Countries finish up giving to the organized crime (and this through the impenetrability of the banking secret also for penal offences, the absolute lack of judicial cooperation, and in some case -as tempted, with a decree then revoked at an international level, the Republic of the Seychelles- also the total criminal immunity).

A strong contribution to the actions of contrast, derives at a political level, with a more and more sensitivity from the European Parliament, to these problems, with the attenuation of old nationalistic jealousies, and also specialized organisms (such as UNICRI, EUROPOL, etc.).

Numerous teachers and students from a refresher course devoted to the «Education on legality», attended the conference.

Silvio VIVIANI
Member of the «Centre for criminal tax law»
(Turin, Italy)

EUROPE

CRÉER UN ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN FONDÉ SUR LA CONFIANCE RECIPROQUE : LE DÉFI¹

1. Introduction

Les différents "Appels" lancés à Genève², Bruxelles ou Madrid par des magistrats des différents pays européens dénoncent avec force l'avancée menaçante du crime organisé partout en Europe ainsi que l'inadéquation des instruments mis à la disposition des forces de police et (encore plus) des magistrats pour faire face à ces nouveaux enjeux.

Après le colloque organisé en Avignon, en octobre dernier, par la Ministre français de la Justice, aux appels des magistrats, il faut dorénavant ajouter les appels des Ministres. Face au défi lancé par la criminalité organisée à nos démocraties, vieilles et nouvelles, et au véritable danger pour leur développement constitué par la corruption, aussi bien au niveau national qu'international, tous les appels sont les bienvenus aussi longtemps qu'ils auront le mérite de mobiliser non seulement l'attention de l'opinion publique mais aussi celle des politiciens et des parlements sur les risques du développement d'une criminalité organisée transfrontière au moment où ces mêmes frontières disparaissent ou perdent progressivement non seulement de l'importance mais également du sens.

L'ampleur nouvelle des menaces pesant sur la sécurité des citoyens et les dangers qu'elles font courir à la démocratie ont été au cœur des débats des chefs d'état et de gouvernement réunis à Strasbourg, les 10 et 11 Octobre 1997, pour leur Deuxième Sommet, qui ont décidé de rechercher des réponses communes aux défis posés par l'extension de la corruption, de la criminalité organisée et du trafic de drogue à l'échelle du continent³.

En ce qui concerne plus spécialement la corruption, les différentes conventions récemment signées, dans le cadre de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, sont en train de faire évoluer une situation jusqu'ici caractérisée par un véritable "égoïsme" des différents droits nationaux. Toujours soucieux de protéger leur propres fonctionnaires contre la corruption, ces droits restaient réticents à étendre les incriminations au-

delà de leurs frontières, en prévoyant par exemple l'incrimination de la corruption active des fonctionnaires étrangers fréquemment "exportée" par leurs entreprises vers d'autres pays, notamment les pays le plus défavorisés. Aujourd'hui, ces limites disparaissent.

2. Les instruments de la coopération européenne

Face à ces défis, force est de constater que la coopération judiciaire entre les états européens, qu'il s'agisse de l'Europe des "15" ou des "41", repose encore aujourd'hui pour la plupart, sur les deux conventions européennes du Conseil de l'Europe, celle d'extradition du 1957 et celle d'entraide judiciaire en matière pénale du 1959, avec leurs protocoles⁴.

Ces deux instruments d'il y a quarante ans ont fait certes bonne épreuve mais présentent aussi, avec les rides de l'âge, toutes les limites liées à leur nature d'instruments traditionnels de coopération intergouvernementale. Au fond, le système reste gouverné par la méfiance réciproque vis-à-vis des décisions émanant des juridictions du pays requérant l'entraide.

Toute décision judiciaire (même quand il s'agit de *res judicata*), émanant d'une juridiction étrangère, fait fréquemment l'objet d'un nouvel examen de la part des autorités judiciaires du pays requis, le plus souvent accompagné, notamment dans le cas des procédures d'extradition, d'un moment décisionnel confié à l'autorité politique. De cette situation découlent des conséquences paradoxales, qui affectent en même temps aussi bien l'efficacité des procédures que, au moins dans certains cas, les droits de l'accusé (en provoquant, par exemple, une prolongation inutile de sa détention provisoire à fin d'extradition).

Les exemples concrets ne manquent pas et la distinction entre "bons" et "méchants" ne voit pas toujours chaque pays se situer d'un seul côté...

1 L'article s'inspire du texte de l'exposé prononcé par l'auteur lors d'un colloque sur le thème " Citoyenneté et Démocratie humaniste en Europe face aux nouveaux enjeux " organisé par la fondation Rober Schuman et tenu à Bucarest le 15 et 16 avril 1999.

2 V. l'article «The Geneva appeal», en Agon, n° 14, p. 5.

3 Cfr. la Déclaration finale du Sommet.

4 On pourrait ajouter également une mention à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne le 20 décembre 1988, et à la Convention européenne du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Si il ne faut pas négliger la bonne réussite de ces instruments sur le plan des ratification et des effets en matière de rapprochement des incriminations, on ne peut pas en cacher non plus l'incidence limitée sur le plan de la coopération judiciaire.

3. La nouvelle vague...

Sans nécessité de procéder ici à tracer un cadre complet de tous les mouvements en cours en Europe, aussi bien pour ce qui concerne l'Union européenne que le Conseil de l'Europe et au delà, on pourra se limiter à rappeler certaines des initiatives plus marquantes.

Face à l'envergure du mouvement en cours dans le cadre de l'Union européenne, on pourrait essayer de composer ces nombreuses et différentes initiatives à deux mouvements convergents qui, à terme, seraient producteurs de nouveautés importantes, l'un qui semble provenir - pour ainsi dire - "du bas" et l'autre "du haut".

Mises à part les deux conventions d'extradition déjà signées entre les États membres⁵, dans la première catégorie on peut insérer toutes les initiatives visant à une amélioration de la coopération "au quotidien" et s'adressant pour l'essentiel aux magistrats du terrain. Bien que limité pour l'instant seulement à certains États membres, les Accords de Schengen méritent sans doute d'être mentionnés en première place pour les nouveautés introduites aussi bien dans la coopération policière que judiciaire, à commencer par le système S.I.S. et par la correspondance directe entre autorités judiciaires. En outre, Schengen mérite d'être cité pour avoir mis en rapport, d'une façon non équivoque, le progrès accompli avec l'élimination des contrôles physiques aux frontières interne et les mesures compensatoires qui sont dirigées à faire face au déficit de sécurité découlant de leur chute.

Parmi les autres nouveautés qui méritent d'être rappelées, on retrouve la mise en place d'un réseau de magistrats de liaison⁶ dont il est fait mention au principe n°14 du Pacte de pré-adhésion sur la criminalité organisée entre les États membres de l'Union européenne et les candidats d'Europe centrale et orientale et Chypre⁷.

Un autre réseau, celui des points de contact judiciaires⁸, semble également constituer une manière pratique de faciliter la coopération directe entre magistrats, l'intégration progressive dans ce réseau des Pays candidats étant prévue par le principe n°4 du Pacte.

Le principe n° 9 se réfère à son tour à l'action commune sur les "bonnes pratiques" d'entraide judiciaire en matière pénale⁹ elle aussi dirigée à assurer rapidité et effi-

cacité dans l'exécution des commissions rogatoires. Le projet pour une nouvelle convention d'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union contient, entre autre, des dispositions visant à accroître l'efficacité de la coopération et à poser sous la maîtrise du droit et de la Justice les nouvelles techniques d'enquête qui sont en train de se développer en particulier dans le domaine de la lutte contre la criminalité économique et organisée.

Le nouveau Traité sur l'Union européenne (TUE), tel que réformé par le Traité d'Amsterdam, introduit lui aussi des nouveautés importantes. On peut ainsi faire mention de son article 32 prévoyant, pour la première fois, une base juridique explicite (bien qu'à mettre concrètement en oeuvre par des décisions ultérieures du Conseil) pour une activité extraterritoriale des autorités chargées de la coopération judiciaire qui "*peuvent intervenir sur le territoire d'un autre État membre en liaison et en accord avec les autorités de celui-ci*". Une telle nouveauté ne trouve d'antécédents non plus dans la convention de Schengen bien que celle-ci prévoyait en revanche certaines possibilités d'activités transfrontalières pour les autorités chargées de la coopération de police, elles aussi par ailleurs visées par l'article 32 susmentionné.

En provenance "du haut", semblent en revanche arriver les propositions visant à l'introduction d'un "Ministère public européen"¹⁰, idée fortement soutenue par le Parlement européen et qui ne semble désormais plus constituer une idée *tabou*¹¹; à terme, elle pourra également bénéficier de la nécessité croissante de prévoir des formes adéquates de contrôle judiciaire sur les activités menées par Europol ou les organismes communautaires chargés des pouvoirs d'enquête (UCLAF).

L'éventuel abandon de la duplication du contrôle juridictionnel actuellement exercé par les autorités judiciaires de l'état requis face à une demande d'entraide ou d'extradition en provenance de l'étranger, pourrait également pousser vers la réalisation d'une instance judiciaire européenne (Eurojust¹²), formée de magistrats des différents États membres, au sein de laquelle les questions éventuelles liées à la reconnaissance des décisions judiciaires en provenance d'un autre État de l'Union devraient être réglées.

5 Acte du Conseil du 10 mars 1995, établissant la convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres, J.O.C.E. n° C 78, du 30.3.95, p. 1, et Acte du Conseil du 27 septembre 1996, établissant la convention relative à l'extradition entre les États membres, J.O.C.E. n° C 313, du 23.10.96, p. 11.

6 Action commune du 22 avril 1996, 96/277/JAI, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'U.E., J.O.C.E. n° L 105 du 27.4.96, p. 1.

7 J.O.C.E. n° C 220 du 15.7.98, p. 1.

8 Action commune du 29 Juin 1998, 98/428/JAI, concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, J.O.C.E. n° L 191 du 7.7.98, p. 4.

9 Action commune du 29 Juin 1998, 98/427/JAI, relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale, J.O.C.E. n° L 191 du 7.7.98, p. 1.

10 Voir l'étude dénommée "Corpus Juris", commissionné par la Commission européenne, Paris, Economica, 1997.

11 Voir par exemple l'article de Mme Elisabeth Guigou "Pour une lutte européenne contre le crime organisé", paru dans Le Monde du lundi 8 mars 1999.

12 Cfr. le point 24 de la résolution du Parlement européen du 13 avril 1999, sur le projet de plan d'action du Conseil et de la Commission sur la manière de mettre en oeuvre les dispositions du Traité d'Amsterdam concernant l'espace de liberté, sécurité et justice.

4. Le Conseil Européen de Tampere : de la méfiance à la confiance réciproque

Le Conseil européen extraordinaire de Tampere convoqué pour le 15 et le 16 Octobre prochain sera le premier sommet des Chef d'état et de Gouvernement expressément consacré au domaine de la Justice et des affaires intérieures.

Il fournira une occasion unique bien que (espérons-le) non la dernière pour donner une impulsion décisive à la construction d'un véritable espace de sécurité, liberté et justice, en franchissant le pas vers une situation qui soit finalement fondée sur la reconnaissance mutuelle et automatique ou quasi-automatique des décisions judiciaires, au civil comme au pénal, qui proviennent d'un autre État européen.

La reconnaissance mutuelle implique surtout le passage de la méfiance réciproque qui caractérise au fond la situation actuelle à la confiance réciproque consistant dans l'acceptation de la décision judiciaire rendue dans l'autre État sans devoir assister à la répétition d'un contrôle juridictionnel et (tout au plus) en gardant pour les États une petite marge de contrôle politique pour sauvegarder ce que on aura pu identifier comme représentants intérêts essentiels relevant du domaine proprement Étatique.

5. Conclusions

La mise en oeuvre des nouvelles formes de coopération, avec l'abandon partiel de l'exercice de la souveraineté qu'elles comportent, repose donc en grande partie sur la confiance réciproque qu'il sera possible d'instaurer tout d'abord entre les États et leurs systèmes juridiques respectifs mais aussi entre les magistrats qui seront concrètement appelés à exécuter les décisions judiciaires en provenance de l'étranger.

Il est (et il sera de plus en plus) d'une importance primordiale que chaque magistrat soit en mesure de reconnaître dans ces décisions l'exercice d'un pouvoir judiciaire indépendant, libre de toute interférence indue et agissant dans le respect le plus strict des principes fondamentaux de l'état de droit; ces principes devraient également s'appliquer, *mutatis mutandis*, au ministère public dont l'action devrait s'inspirer, dans la plus large mesure du possible, de critères objectifs. Faute de quoi, toute demande de coopération, émanant d'autorités judiciaires dont l'action pourrait être à n'importe quel titre soupçonnée d'avoir été affecté par de considérations autres que la stricte application de la loi, continuera alors à subir un préjugé défavorable dont le fondement serait, cette fois ci, difficilement contestable.

13 Voir aussi les conclusions concernant l'application du principe de l'état de droit, adoptées par le Conseil JAI le 28 mai 1998 à la suite d'une conférence sur la prééminence du droit dans une société démocratique tenue à Noordwijk (Pays-Bas) le 23 et 24 Juin 1997.

A cet égard les valeurs et les principes énoncés par le nouvel article 6 du TUE, dont le respect inconditionné est imposé par son article 49 comme condition préalable pour toute demande de nouvelle adhésion à l'Union, semblent indiquer une direction claire et univoque, bien que - sans doute - encore minimale.

Lorenzo SALAZAR
(Magistrat, expert pour la coopération judiciaire à la Représentation permanente d'Italie auprès de l'Union européenne)

LA TRANSACTION FISCALE

Tous les Pays de l'Union européenne ne prévoient pas la possibilité pour les contribuables de résoudre par une transaction leurs différends avec le fisc. Quand cette possibilité existe, il y a lieu de se demander si l'extinction administrative n'entraîne pas aussi l'extinction des éventuels délits fiscaux (fraude fiscale et autres) commis par le contribuable. En un mot, il s'agit de savoir si la transaction fiscale a ou non un intérêt.

C'était le thème d'une réunion tenue à Milan le 5 mars 1999 et organisée par la Direction régionale des impôts de Lombardie, par la revue «Il fisco» et par le «Centre de droit pénal fiscal». Les professeurs Enrico de Mita, Angelo Giarda et Giulio Tremonti ont exposé la législation italienne. Une étude comparée des législations de cinq pays de l'U.E. a été faite : pour la Belgique par François Xavier de Dorlodot, pour la France par Thierry Lambert, pour l'Allemagne par Manfred Maiwald, pour la Hollande par John Vervaele et pour l'Espagne par Pablo Sanchez-Ostiz.

Les différences entre les différents systèmes sont considérables aussi parce que les présupposés juridiques quant aux rapports entre le procès pénal et le contentieux fiscal sont différents : seulement quelques États, comme la Hollande, ont intégré la «tax ruling» à titre préventif, ou le fonctionnement d'un «filtre» pour la transmission des fausses déclarations au juge pénal (cas de la CIF française) ou la possibilité de suspendre le procès pénal pour caractériser des questions fiscales complexes (Allemagne) ou encore la possibilité de renvoyer la décision en matière fiscale à la fin du procès (Espagne).

Bien qu'elles s'inspirent de principes généraux différents, presque toutes les législations des pays examinés (sauf pour la Belgique, en matière de droit) et avec une différence de traitement selon le moment auquel intervient l'extinction (comme en Italie) admettent, au moins dans les faits, certaines formes d'arrangements des controverses fiscales. Et ceci, dans le double but de procurer des recettes au trésor public et de mettre fin à des procès longs et compliqués surtout en ce qui concerne les questions d'évaluation. L'exigence économique de faciliter l'accord finit par légitimer, par des mécanismes

différents, plus ou moins rigidelement réglementés, une solution débonnaire entre le contribuable et le fisc qu'une application rigoureuse des principes devrait exclure.

Les conséquences sur le sort des délits fiscaux sont, par ailleurs, assez différentes. En général, on tend à exclure la fraude fiscale de toute extinction, en tant que délit le plus grave. Pour les autres délits fiscaux mineurs, à part quelques exceptions, la tendance est au contraire d'admettre l'extinction, même si les perspectives sont différentes. Dans le cas contraire, en effet, c'est-à-dire si il n'y avait pas extinction du contentieux pénal, le contribuable n'aurait pas intérêt à demander une transaction, qui pourrait lui coûter cher, pour régler son différend fiscal.

Enrico MASTROGIACOMO
Associé du «Centre de droit pénal fiscal»
(Turin, Italie)

DONA G., «Towards a European Judicial Area ? A *Corpus Iuris* Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Protection of the Financial Interests of the European Union», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Kluwer Law International, Pays-Bas, 1998, vol. 6/3, p. 282.

DE KOSTER Ph., « La lutte contre les fraudes aux intérêts financiers des Communautés européennes », *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1997/5, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 7.

Décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JOC, 31 mai 1999, L. 136/20.

Règlement n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), J.O.C., 31 mai 1999, L. 136/1.

La présente publication bénéficie du concours de la Commission des Communautés Européennes. Les opinions exprimées dans les articles ne peuvent être considérées comme constituant une prise de position officielle de celle-ci.

This publication has been undertaken with the benefit of financial assistance from the Commission of the European Communities. The opinions expressed in the articles should not be taken to represent the Commission's official position.

Diese Veröffentlichung ist mit finanzieller Unterstützung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften durchgeführt worden. Die in den verschiedenen Artikeln geäußerten Meinungen sind nicht als offizielle Stellungnahmen der Kommission zu betrachten.

CONTENTS

I. CORPUS JURIS

2

Corpus Juris, Parquet européen et juge national vers une chambre préliminaire européenne ?
Christine Van den Wyngaert

7

Réflexions sur la base juridique du *Corpus Juris*
Klaus Tiedemann

II. JURISPRUDENCE

9

Uniformité communautaire et autonomie nationale : la signification du renvoi au droit (procédural) pénal dans la réglementation communautaire
John Vervaele

12

The struggle against organized crime
Silvio Viviani

III. EUROPE

13

Créer un espace judiciaire européen fondé sur la confiance réciproque : le défi
Lorenzo SALAZAR

15

La transaction fiscale
Enrico Mastrogiacomo

16

Bibliographie - information

Adresse de la rédaction

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

Correspondant pour la Commission européenne

F. de Angelis, Directeur
Service commun Relex
Rue de la Loi, 200
B-1049 Bruxelles