

N°

35

10^{ème} année 2002

Avril Mai Juin

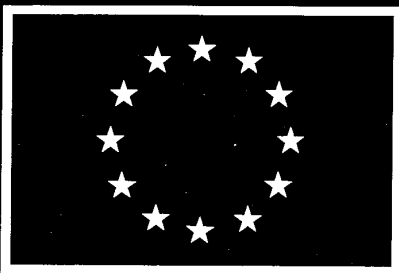
Bureau de dépôt LIEGE X

AGON

BULLETIN TRIMESTRIEL

"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".



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



OLAF SUPERVISORY COMMITTEE

OPINION 2/2002 ON THE GREEN PAPER ON THE CRIMINAL-LAW PROTECTION OF THE COMMUNITY'S FINANCIAL INTERESTS AND THE ESTABLISHMENT OF A EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR

In presenting a Green Paper and making it widely available on the Internet, the Commission chose to give priority to an open and participatory concept of democracy which makes a valuable contribution to transparency. After the Nice European Council in December 2000 decided not to act on its proposal to create a legal basis in the EC Treaty for establishing the European Public Prosecutor for the protection of the Community's financial interests, the debate had to be relaunched. The formula selected, based on a statement that was both objective and precise, was to provide the general public with information and provoke the expression of well-founded opinions free of all prejudice. The Supervisory Committee can only give its support for such an initiative, which follows the same principle as its own policy, as an authority guaranteeing independence in the fight against fraud, of promoting transparency in the practices, on which their legitimacy depends.

The Introduction to the Green Paper recalls that in the Opinions requested of it by the Community institutions the Supervisory Committee had repeatedly supported the establishment of a European Public Prosecutor for the protection of the financial interests of the EU¹. During its first two years of operation the Committee has been able to evaluate the state of the protection of the financial interests by OLAF, both directly and in cooperation with the national authorities. It considered that the evolution that began with the establishment of OLAF must be continued and amplified, as proposed incidentally by other authorities, in particular Parliament and the Committee of Independent Experts.

The Committee based these opinions on its analyses of the operation of OLAF and of the investigative function. Prior to the restructuring launched by OLAF, the first effects of which are now being felt, the working methods and organisation of UCLAF/OLAF were directed primarily towards examining cases of fraud and irregularities referred to them. The aim of the reform is to develop a proactive policy, to set priorities for investigations and to have greater regard for their disciplinary and criminal

purpose. But in the current legal framework, the prospects that this mechanism might evolve towards greater effectiveness and legitimacy remain limited. In considering the questions raised by the Green Paper, the Committee plans to take stock, on the basis of its most recent work, both of current difficulties in the protection of the Community's financial interests, to which the European Public Prosecutor would be a response, and of the questions raised for OLAF by the development of its institutional environment.

In permanent contact with OLAF'S investigation activity, the Supervisory Committee has observed a number of weaknesses attributable to the old working methods. There was a high degree of fragmentation and very little transparency in management, and resources were dispersed. As a consequence, very few cases were referred to the disciplinary and/or criminal authorities, and very few actually produced results, and investigations took a very long time. They did not always shield investigators from pressures, and there were disputes as to compliance with fair rules of procedure and in particular with respect for individual rights. Lastly, investigations on this basis were somewhat ineffective as investigators had purely administrative powers of dealing with facts that properly belonged in the criminal sphere.

The aim of the reform at OLAF, extending to both organisation and methods, is to strengthen transparency in management, effectiveness in the use of the human resources and means of investigation, and regularity of procedures. But there is little doubt that the establishment of the Prosecutor proposed by the Green Paper is the only way of making the **structural and functional improvements (I)** that are essential for genuine protection of the European Union's financial interests. But this agreement in principle of the Supervisory Committee to the main options of the Green Paper does not exclude certain criticisms concerning **structural inconsistencies (II)** and **functional weaknesses (III)**. Finally the Committee deems it necessary also to examine possible developments beyond the proposals of the Green Paper (IV).

¹ Opinion 5/99 (OJ C 360, 14.12.2000, p. 28); Opinions 2/2000 (OJ C 360, 14.12.2000 p. 30); First activity report, Chap. III.B.2.b. (OJ C 360, 14.12.2000 p. 24); Opinion 3/2001 (OJ C 365, 20.12.2001 p. 22); Second activity report, chap. V.2.2. (OJ C 365, 20.12.2001 p. 19).

I - Structural and functional improvements

The Green Paper proposals constitute undeniable progress since the European Public Prosecutor would have clear rules giving him independent status and the powers needed for his task.

I - 1. The Prosecutor's independent status

In its first two annual reports, the Supervisory Committee stressed the provisional character of the mechanism set up by Regulation No 1073/99 to settle the question of the independence of investigations. OLAF has been able to operate its dual functions – both preparing legislation for the Commission and running investigations as an autonomous service – because it has applied a constructive interpretation of its ambiguous status. But the question of the legal guarantee of the investigation is not settled satisfactorily.

This problem, which weakens the legitimacy of the investigation mechanism, was stressed by the legislature when it made the principle of the independence of investigations one of the main objectives of the Regulation.

With regard more precisely to the weaknesses noted by the Committee in the objectiveness of the management of investigations, only the European Public Prosecutor's independent status can bring a stable and complete solution to the problems of independence with regard to the parties to the lawsuit, the Member States and the Community institutions and bodies. In particular, this status is probably the best way of guaranteeing that investigations will be conducted impartially on both sides and with the sole objective of ascertaining the truth.

The Green Paper, by defining an independent status for the European Public Prosecutor along with rules for his accountability before the European Court of Justice, proposes solutions adapted to the Community environment. The rules concerning the structure and internal organisation of the European Public Prosecutor (point 4.1.1) are to some extent inspired by the provisions for the independence of the Members of the Court of Justice, which have shown their effectiveness.

The Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the Communities could also apply, as they are not in themselves an obstacle to the independence of the Prosecutor.

I - 2. The powers needed for the legitimacy and effectiveness of investigations

The Committee has observed a number of shortcomings from the point of view of the effectiveness of investigations, owing to the dispersal of inquiries and prosecutions between national authorities whose coordination remains difficult and which are subject to very different rules of procedure and organisation. In this respect, the scope of the European Public Prosecutor, extending to the whole of the European Communities and covering the direction and coordination of investigations and prosecutions, is the only coherent approach (see points 6.2.3.1 and 6.3).

The obligation for national and Community authorities to refer fraud cases to the European Public Prosecutor should give the Prosecutor the means of fulfilling this task. And the lack of priority from which OLAF cases referred to the national judicial authorities sometimes suffer should disappear since prosecutions would be brought by the European Public Prosecutor, who would handle the defence of the Communities' financial interests from investigation to judgment. In addition, effective and uniform protection of these financial interests also means that the European Public Prosecutor, as proposed in the Green Paper, can operate under harmonised Community legislation defining both offences and penalties.

Incidentally, subject to the possibilities for conditional closure of cases provided for by the Community legislation, the legal formula envisaged by the Green Paper for mandatory prosecution would, as point 6.2.2 of the Green Paper makes clear, ensure a uniform approach to prosecutions throughout the European law-enforcement area.

Lastly, the current defects of the system for reviewing the regularity of OLAF investigation measures, where, despite a major effort to codify practices, management and control responsibilities are not separate and the only judicial review procedures – by the Court of First Instance and the Court of Justice – are remote and come late in the procedure, can be reduced only by establishing a European Public Prosecutor who directs and controls investigations and prosecutions.

He could apply for measures that restrict individual rights during the investigation and check that investigators respect fundamental rights and rules of procedure. But progress would be complete only if all the European Public Prosecutors enjoyed the same status and implemented common rules of procedure. Hence the Supervisory Committee's reservations on the following points.

II - Structural inconsistencies

In its Green Paper, the Commission, in accordance with the subsidiarity and proportionality principles, has endeavoured to propose only "the minimum needed for the European Public Prosecutor to operate effectively ... and the minimum necessary in order to ensure effective and equivalent prosecution of unlawful conduct harmful to the Community's financial interests anywhere in the Community" (point 3).

But on certain points it has proposed such a restrictive concept of this "necessary minimum" that the very consistency of its draft is affected by it.

This applies in particular to the options that it proposes for the status of the Delegated European Public Prosecutors, which remains dependent on specific national situations, and to the relations between the European Public Prosecutor and European investigation services and for the review of committals for trial.

II - 1. The status of the Delegated European Public Prosecutor

In the current situation, since prosecution measures and most investigation measures are taken by national authorities, the execution of these functions in the fight against fraud against the Community budget is extensively fragmented, with the result that investigations and prosecutions run in competition, are incomplete or do not take place at all. The decompartmentalisation effect sought with the European Public Prosecutor would be heavily compromised if his powers were in practice exercised by Delegated Prosecutors having a national status and possibly being able, under one of the options proposed, to combine their European powers with national powers. Such combination would imply a dual statute and a dual loyalty, and it would not be possible to guarantee that the Community interest prevailed in the event of competing pressures on the Delegated Prosecutors in their two functions.

II - 2. The European Public Prosecutor's relations with European investigation services

One purpose of establishing the European Public Prosecutor is to remedy a weakness in the current mechanism that has been stressed several times by the Supervisory Committee:² the absence of a legal guaran-

tee as regards OLAF's investigation measures (generally internal). Such a guarantee can exist only if the investigation is carried out under the direction and under the control of the judicial authority, and the objective of the Green Paper is "to provide an opportunity to think in greater depth than hitherto about the judicial guarantee at the preparatory stage and on the relevant level - national or Community - at which such measures should be managed and controlled."³

Even so, the Green Paper, in the case of investigations carried out by national services, falls short of this objective: in one of its options it envisages conferring on the European Public Prosecutor a role of directing and controlling investigations, but its preference is for a mechanism in which the national systems of relations between the police and the courts is not affected by the establishment of the European Public Prosecutor.

In the case of the European investigation services - Europol and OLAF - the Green Paper again does not envisage a role for the European Public Prosecutor of directing and controlling investigations but simply one of cooperation and mutual information procedures. The Commission seems to want to avoid stating a view on the future powers of these bodies. In any event, if Europol and OLAF are to have operational powers in matters in which the European Public Prosecutor has jurisdiction, which is obviously the case of OLAF at least, it goes without saying that the legal guarantee on these activities could be secured only if they were subject to the jurisdiction of the European Public Prosecutor.

II - 3. The review of committals for trial

The Supervisory Committee has observed on many occasions that the choice made by UCLAF/OLAF of the court to which it refers information or investigation files, a case sometimes even being spread over several countries, did not always correspond to clear and objective criteria and that such inconsistencies seriously hampered the effectiveness of proceedings. Likewise a number of cases referred to the national courts were unlikely to come to judgment because of the inadequate evidence.

By giving the European Public Prosecutor the power to decide on committals for trial, the Green Paper ensures that this decision will generally be taken in accordance with the Community interest. But the Commission also chooses to leave for the national courts the power to review the European Public Prosecutor's decisions on the

² First activity report, chap. III. B. 2. b: "Obviously, this is completely inadequate, and a judicial body should permanently supervise all OLAF activities ..."; also see Second activity report, chap. V. 2.2.

³ Point 6.2.3.1. of the Green Paper.

choice of court and on the contents of the referral. Yet this option does not constitute a sufficient guarantee with regard to the danger of inconsistencies already mentioned. In a situation where the national legal environment determines both the effectiveness of the proceedings and the level of the sentences incurred or passed, the choice of trial court substantially determines the success or failure of the proceeding. Neither this option, nor the assessment of the regularity of the pre-trial procedure, should depend on a national court, acting alone in reviewing the European Public Prosecutor's committal decisions.

The Committee stresses here that the Commission's argument in favour of a national court is based primarily on the fact that the question of establishing a Community committal court was not envisaged in its contribution to the IGC. Advantage should be taken of this delay to improve the mechanism proposed at Nice.

The establishment of a European Pre-Trial Chamber, on the model of the Chamber set up by the Rome Statute of the International Criminal Court, appears to be necessary as a means of reviewing the preliminary phase and securing unity in the application of the law and equity in the determination of the trial court.

III - Functional weaknesses

On the basis of its knowledge of the operation of OLAF, the Supervisory Committee has also identified functional weaknesses in the options proposed by the Commission which, without calling into question the consistency of the draft, are likely to compromise its effectiveness.

This particularly concerns the proposals concerning the drawing up of records of questioning and the more general question of rules on the admissibility and exclusion of evidence.

III - 1. The European record of questioning

The Commission's argument on the substance – that unified rules of procedure for records of questioning would be out of proportion to the objective of the Green Paper, which is simply to seek ways of making the prosecution function effective – is not very convincing with respect to the disfunctioning that flows from the scale of the procedural differences between Member States.⁴ All the more so as the European record could facilitate the

national authorities' work when they are dealing with a case concerning the Community's financial interests: it is precisely for the sake of effective prosecution that such a solution needs to be considered, as it would remove the difficulties inherent in international letters rogatory. As so many judges have stressed so often since the Geneva Appeal, many investigations fail because international letters rogatory are so slow and there are so many hurdles to be overcome.

But precisely on this point, the Green Paper wishes to merely establish the principle, posited by the Tampere European Council, of mutual recognition of the admissibility of evidence gathered under national law and transmitted by the traditional judicial cooperation procedures: "evidence lawfully gathered by one Member State's authorities should be admissible before the courts of other Member States, subject to the rules applicable there".⁵

It must be stressed, however, that the European Council was not referring specifically to the protection of financial interests but to the fight against cross-border crime in general within the framework of third pillar procedures. By making this reference, the Commission is no longer relying on the specific character of the protection of the Community's financial interests, even though it stressed this itself.

The Green Paper (points 6.3.4.1. and 6.3.4.2.) refers to the possibility of establishing "a European record of questioning to serve as a model for the European Public Prosecutor", for cases where he questions witnesses himself without going through the national investigation authorities. The Supervisory Committee has repeatedly drawn OLAF's attention to the need for precise rules on the subject and must therefore support a formula which, in its view, should become a mandatory rule to be applied by the European Public Prosecutor and the investigators working under his direction. And it must be stressed that the admissibility of evidence gathered in a Member State other than the trial State should in any event be predicated on unification of the conditions of validity of European records of questioning.

III - 2. The rules on admissibility or exclusion of evidence

The Green Paper sets out also the unfortunate consequences of the differences between national regulations on recognition of evidence for the success of investiga-

⁴ See the analyses of the vol. IV of the *Corpus iuris*, Intersentia, 2002.
⁵ Tampere European Council, Presidency Conclusions, point 36.

tions in cross-border fraud cases. The Supervisory Committee can only confirm this. On the one hand, a number of actions in the national courts on the basis of evidence gathered by OLAF or by authorities of another Member State have failed because these courts did not admit the evidence. On the other hand, the Supervisory Committee regularly receives complaints from litigants about the procedures by which evidence is gathered.

To solve these difficulties, the Green Paper merely proposes, for the admissibility of evidence, a mutual admissibility rule (item 6.3.4.1.) and, for the exclusion of evidence, the applicability of the exclusion rules valid in the Member State where the evidence was gathered and not the rules of the trial State (item 6.3.4.2.). These solutions are, therefore, based mainly on national law, but they are a move in the direction called for at Tampere, being based on the mutual recognition principle as is possible wherever there is a high degree of mutual trust, provided fundamental rights are respected (Brussels Convention of 29 May 2000 on judicial cooperation in criminal matters between Member States of the European Union, third recital). But they do not bring about the simplification sought by the *Corpus Juris* and may raise difficulties of judicial review at the pre-trial stage that can be solved only by establishing a European Pre-trial Chamber.

As regards administrative investigations, the Commission proposes that the constraints of criminal procedure always be acted on, even in administrative investigations, so as to secure the highest level of protection. The Supervisory Committee fully supports this proposal, which matches its own recommendations to OLAF. The Commission also envisages the possibility that evidence gathered in the course of an investigation be mandatorily admissible in the national courts if it has been gathered with full respect for fundamental rights. The Supervisory Committee believes that this approach should apply not only to administrative investigations but to all investigations conducted by the European Public Prosecutor.

Far from constituting a departure from national traditions, these proposals pursue the harmonisation process effectively launched by the two European Courts under Article 6 of the European Human Rights Convention, to which it will be remembered that Article 6 of the EU Treaty refers.

IV - Possible developments

The Commission wished to maintain its proposals within its own framework of the draft revision of Article 280 of the EC Treaty submitted to the Nice IGC, which was confined to the protection of the Community's financial interests.

The Committee would point out that Regulation No 1073/99 defines the Community's financial interests as covering not only the management of budget appropriations but extending "also to all measures affecting or liable to affect their assets". Likewise, the European Public Prosecutor's jurisdiction could be seen as potentially covering all forms of crime against Europe, including euro counterfeiting.

The Commission also refers in the Green Paper (point 5.2.3.) to the extension of the European Public Prosecutor's jurisdiction to the general criminal-law protection of the European public service. Although proposals for legislation have been on the table since 1976, the question of the criminal liability of members, officials and servants of the Community institutions and bodies, and the related question of their protection, is currently not properly regulated. OLAF's powers for internal investigations deal with only part of the problem, because the ordinary criminal procedure and criminal law are applicable, with all the disadvantages, noted by the Committee, that this entails for the treatment of crime against Europe by the Belgian and Luxembourg judicial authorities.⁷

Lastly, the relationship between the European Public Prosecutor and the European arrest warrant, which is not to be implemented across the fifteen Member States until 2004, must be looked into already. At a time when the Convention to consider the reform of the institutions is beginning its work, the Supervisory Committee sees the need to consider making the two mechanisms coincide and to envisage extending the European Public Prosecutor's jurisdiction to the forms of cross-border crime concerned by the draft Framework Decision on the arrest warrant.⁸

⁷ See Second activity report, point 3.1.1.

⁸ See the Brana Report, Delegation of the French National Assembly for the European Union, 13.2.2002; *La Tribune*, 15.2.2002.

Conclusion

This opinion highlights the fact that the status of OLAF will have to be seriously reviewed when the European Public Prosecutor is established. The Commission rightly notes that it is too early to go into the details of future relations between the European Public Prosecutor and OLAF as long as OLAF's activity has not been evaluated in detail. The Committee wishes to stress that such an evaluation will be possible and useful only when the restructuring started by OLAF takes effect. In addition, the evaluation provided for by Article 15 of Regulation No 1073/99 is conceived as an interim

report (*mid-term review*) that could be accompanied by "proposals to modify or extend the Office's tasks" but not by a thorough change in the status of OLAF, awaited at the time of the next Treaty amendment. The Committee's third annual report and the opinion that it is to give under Article 15 of Regulation 1073/99 will provide input for such an amendment.

Lastly, the Committee wishes to recall that both OLAF and the European Public Prosecutor envisaged by the Green Paper must be evaluated in an evolutionary perspective as stages in the construction of a complete and coherent project for which the Juris Corpus could serve as a model.

PROCUREUR EUROPEEN : UN BOURGEON EST ECLOS !

Le 2 et 3 mai 2002, s'est tenu à Naples un séminaire ayant pour thème la création d'un Procureur européen. Le débat a pour toile de fond le Livre vert relatif à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

Le constat de base est simple : « *les limites des espaces judiciaires s'imposent comme une réalité lourde alors que la même réalité a une dimension transnationale quotidienne* ».

Avec Mme Theato, il faut dénoncer le vide juridique qui existe en matière de protection des intérêts financiers. La situation est réellement préoccupante. Des questions aussi essentielles que de savoir qui peut réclamer réparation du préjudice subi par le budget de l'Union européenne ne trouvent même pas une solution uniforme dans les différents états membres.

Le projet du Procureur européen est une phase essentielle. Il s'agit d'une occasion à ne pas manquer sous peine de nous exposer à de graves difficultés en cas d'élargissement. Il y a urgence à la mise en œuvre de solutions concrètes.

Cependant les réticences politiques sont là, nombreuses et souvent pertinentes ! Elles ne peuvent être balayées d'un revers de la main. Le besoin de légitimité démocratique notamment est essentiel à la réussite du projet.

Peut-on, dans ce contexte, partager l'optimisme de Mme Theato ? L'exemple donné par M. Giorgio Clemente nous y encourage et restera une image forte

et merveilleuse du colloque de Naples : « *Le livre vert doit être un bourgeon vert qui, au soleil de Naples, ne manquera pas de donner un petit arbre qui deviendra grand* ».

Au-delà de cette image, c'est l'idée d'une efficacité qui est défendue. Avec la Cour des comptes en effet, il faut être préoccupé par le problème du recouvrement. A quoi servent tant d'efforts, si en définitive, les fraudeurs échappent à l'application de la sanction.

Le Procureur européen est un moyen pour canaliser ces efforts et offrir peut être des alternatives telles que la transaction.

La mise en œuvre de ce projet touche des points essentiels tels que celui de la reconnaissance des preuves comme l'a rappelé M. Cerabona.

En toute hypothèse, le Livre vert ouvre le débat. Avec M. Lothar Kuhl, la Commission européenne se révèle être à l'écoute, ouverte à toute discussion constructive. Chacun peut y contribuer.

Pourquoi ne pas utiliser ce secteur limité de la PIF pour élaborer les premiers pas d'un véritable espace judiciaire européen ? Cette démarche a un seul objectif, améliorer la lutte contre la criminalité internationale qui porte atteinte au budget.

Chacun doit avoir conscience des enjeux. Si l'Union européenne se lance dans l'aventure de l'élargissement sans disposer d'un organe assurant une certaine indivisi-

bilité des poursuites, le système deviendra alors impraticable.

L'expérience de M. Bruti Liberati est fondamentale et rappelle cette idée simple et pourtant vitale de la nécessaire confiance mutuelle qui doit exister entre les Etats membres.

L'harmonisation est encore longue et difficile. Il faudra sans doute encore plusieurs générations avant de voir progresser cette idée. Chacun s'accroche en effet à sa souveraineté et à ses compétences. Mais avant de critiquer l'attitude de l'autre, il appartient aux différents acteurs de faire sa propre autocritique : magistrat, avocat, fonctionnaire et universitaires. Il se crée une distance entre le monde des juristes et la réalité quotidienne qu'il appartient à chacun de tenter de combler.

M. Laudati paraphrasait Montesquieu : « le droit ne fait pas les gens bons, c'est la civilisation qui fait le droit ». Le droit est un moyen et non un obstacle ou un système que seuls quelques initiés peuvent encore comprendre et maîtriser.

Notre démarche doit être constructive et affronter les vraies questions : quel est le statut pour un Procureur européen ? Il ne suffit pas d'affirmer l'indépendance du Procureur européen. Il faut la garantir et veiller également à ce que l'intéressé assume une vraie responsabilité.

Il n'y aura pas de démocratie sans une justice européenne efficace. Mais il n'y aura pas de démocratie sans respect absolu des droits de la défense et des libertés fondamentales.

Comme l'a rappelé Maître Bertrand Favreau, l'idée que le Procureur européen instruit à charge et à décharge est un leurre. Il est essentiel de garantir aux intéressés le respect de leurs droits fondamentaux, tels que notamment : le droit au silence ; le respect du principe contradictoire ; le droit de connaître les griefs dirigés contre le prévenu ; le respect de la liberté individuelle ; la présomption d'innocence ; ...etc.

L'exposé magistral du Professeur Bacigalupo a démontré la difficulté de la problématique de la mise en œuvre du Procureur européen. Les difficultés sont nombreuses et les enjeux considérables.

La comparaison faite par M. Figa-Talamanca avec le tribunal pénal international est riche d'enseignement et doit constituer une référence utile pour la mise en œuvre d'un parquet européen.

A qui le Procureur européen doit-il répondre ? Quelles qualités doit-il réunir ? Par qui est-il nommé ou révoquer ? Comment assurer le respect du principe d'égalité des armes. Le Procureur doit-il avoir l'obligation d'investiguer ou disposera-t-il d'un pouvoir d'appréciation des poursuites ? Quelle place pour la défense ?

Le Livre vert n'appelle pas un chèque en blanc. Il exige une réponse objective et motivée à laquelle chacun est invité à contribuer. Naples a ouvert une voie que chacun est invité à suivre pour y faire part de son point de vue.

Luc Bihain
Rédacteur revue Agon
Luc.Bihain@ulg.ac.be

LA CRÉATION D'UN PROCUREUR EUROPÉEN DANS LA PERSPECTIVE DE L'OLAF :

UNE VALEUR AJOUTÉE DANS L'ESPACE DE JUSTICE, LIBERTÉ ET SÉCURITÉ

1. Introduction - La lutte contre la fraude au détriment du budget communautaire : une priorité incontournable

Lutter contre la fraude au détriment du budget communautaire de façon cohérente et efficace dans l'ensemble de l'Union européenne a été reconnu à plusieurs reprises, par les institutions ainsi que par les Etats membres, comme une priorité essentielle. En effet, la fraude demeure un phénomène à réprimer. Dans le contexte général actuel, marqué par une lutte renforcée au plan international contre la criminalité financière, l'ampleur des activités illégales préjudiciables aux fonds communautaires qui ont un caractère criminel et méritent un suivi judiciaire a été estimée, en 1999, à environ 20% des cas connus et à près de 50% des montants correspondants. Ces chiffres reflètent ce qui est officiellement communiqué par les Etats membres et la Commission. Ainsi entendu, le montant de la fraude décelée portant atteinte aux intérêts financiers communautaires a été évalué à 413 millions d'euros¹. Il s'agit bien évidemment d'une estimation dont il faut considérer qu'elle constitue la pointe de l'iceberg.

Afin d'améliorer le cadre de la répression des fraudes au budget des Communautés, la Commission a adopté le 11 décembre dernier un Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen². L'initiative, visant à élargir et approfondir le débat sur la proposition de création d'un Procureur européen, a pour but l'introduction dans le Traité des Communautés européennes d'un nouvel article, 280 bis TCE, qui constituera la base juridique indispensable à son établissement. La Convention pour

l'avenir de l'Europe qui prépare la prochaine révision des traités est appelée à examiner ce sujet dans les mois à venir.

Le débat sur les thèmes du Livre vert a offert une occasion remarquable aux nombreux cercles professionnels concernés, notamment juges, procureurs, avocats, ainsi qu'aux gouvernements (Ministères de la Justice et des Finances) d'aborder les questions du statut juridique et du mode d'organisation du Procureur financier européen responsable de la répression des activités qui portent atteinte aux intérêts des Communautés, ainsi que celles relatives aux incriminations, aux peines, à la procédure et à son contrôle juridictionnel. D'une façon générale, le document permet de faire prendre conscience de l'urgence et de la nécessité de la question : comment créer une politique criminelle européenne capable de rendre effective la protection des intérêts financiers communautaires ?

La consultation issue du Livre vert vient de se conclure officiellement le 1 juin 2002. Bien que partiels, les premiers résultats démontrent l'intérêt des autorités compétentes des Etats membres, des experts de la matière, ainsi que des associations de la société civile, et notamment celles des contribuables, à participer au débat démocratique portant sur le thème de la protection efficace des citoyens et des contribuables européens, concernés par les activités frauduleuses portant atteinte au budget communautaire³.

De son côté, la contribution de l'Olaf - Office européenne de lutte antifraude - à l'égard de cette initiative s'est concrétisée à différents niveaux. Premièrement, Olaf a soutenu et orienté dès le début, en mettant à disposition son expertise ainsi que la documentation indispensable, le travail préparatoire approfondi, mené par des experts de la matière pénale de tous les Etats membres, sur le thème

¹ Commission européenne, *Protection des intérêts financiers des Communautés, lutte contre la fraude, rapport annuel 1999*, COM (2000) 718, §4 et 5.

² Commission européenne, *Livre vert sur la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, COM (2001) 715.

³ Compte tenu de la récente clôture de la consultation, il est impossible de donner aujourd'hui des statistiques sur le nombre total et le contenu des réponses envoyées (par courrier et e-mail). Néanmoins on peut se reporter aux réactions publiées sur Internet http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html : une quarantaine de réactions, dont plusieurs constituant la réponse officielle des gouvernements au projet de la Commission. D'autres réponses attendues grâce à la boîte aux lettres (Olaf, livre vert 6 cac, en int) qui reste ouverte.

de la protection pénale des intérêts financiers des Communautés⁴. Commencée il y a dix ans, cette analyse a abouti à la proposition d'un ensemble de règles relatives à la protection pénale des intérêts financiers communautaires, bien connu sous le nom de « Corpus juris ». Un des résultats principaux de l'étude est notamment la faisabilité de la création d'un Procureur européen responsable de la répression pénale des activités portant atteinte au budget des Communautés.

Deuxièmement, l'expérience acquise par Olaf, en tant que service opérationnel et indépendant de la Commission, dans le domaine des intérêts financiers des Communautés, a permis d'identifier les lacunes et les obstacles existants dans le cadre de la coopération judiciaire avec les Etats membres, ainsi que des possibles solutions au manque d'efficacité qui caractérise actuellement la lutte antifraude. Autrement dit, la contribution de l'Olaf au projet du Livre vert, s'inscrit pleinement dans la mise en place de son dispositif⁵ genés visant à garantir une synergie entre l'activité de terrain et l'amélioration de la législation et des politiques communautaires dans le domaine de la protection du budget communautaire.

Enfin, sur la base des activités ci-dessus mentionnées, l'Office, en tant que service de la Commission, s'engage pleinement derrière ce projet aux différentes phases de la consultation : préparation, diffusion et promotion du document, organisation de l'audition publique sur le Livre vert, analyse des réponses⁶.

Le projet de création d'un Procureur européen représente ainsi une récente étape significative supplémentaire dans le processus de réforme et perfectionnement des mécanismes de la politique antifraude des Communautés. Il s'agit d'un processus commencé il y a dix ans lors du début de l'étude « Corpus juris », développé par le traité d'Amsterdam et notamment par son art. 280 TCE, et renforcé en juin 1999.

2. Le rôle de Olaf : évolution et défis dans la répression de la fraude et la coopération internationale

En 1999, Uclaf, la Task Force « Coordination de la lutte antifraude », a fait place à Olaf. Les réformes adoptées ont été significatives, le but étant de mettre l'Office en meilleure position pour protéger les intérêts de l'Europe⁷. D'une manière générale, Olaf a compétence pour intervenir dès lors que les intérêts financiers de la Communauté sont en jeu et dans la mesure où les interventions au niveau communautaire offrent une valeur ajoutée par rapport aux mesures prises par les Etats membres seuls. Plus particulièrement, le champ de compétence de l'Olaf s'étend à la protection des intérêts communautaires en général, selon le 5ème considérant des règlements 1073/99 et 1074/99⁸ qui affirme : « la responsabilité de l'Office, tel qu'institué par la Commission, concerne, au-delà de la protection des intérêts financiers, l'ensemble des activités liées à la sauvegarde d'intérêts communautaires contre des comportements irréguliers susceptibles de poursuites administratives ou pénales ». Dans le cadre juridique ainsi établi, il est utile de mentionner au moins trois aspects majeurs qui caractérisent l'action de l'Office.

A. L'Olaf a les pouvoirs d'agir sur le terrain et d'enquêter sur des faits pouvant constituer une fraude

D'abord, le nouveau dispositif confère à l'Olaf les fonctions et les moyens opérationnels dont la Commission dispose au titre des traités. En plus, il étend sa fonction d'enquête interne à l'ensemble des institutions, organes et organismes communautaires. Ainsi, Olaf peut déclencher de façon autonome des enquêtes administratives internes (dans un organe ou une institution communautaire) ou externes, ainsi que transmettre, le cas échéant, des dossiers aux autorités judiciaires

⁴ *Analyse comparée des rapports des Etats membres relatifs aux mesures prises au niveau national pour lutter contre le gaspillage et le détournement des moyens communautaires* et *Document de synthèse*, Commission européenne, 13.11.1995, COM(95)556; voir également plusieurs études commandées par la Commission : *Etude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté*, 3 volumes, 1992-1994 ; *Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés européennes*, 2 volumes, 1994 ; *La transaction dans l'Union européenne*, 1995.

⁵ Dans la période considérée (11 décembre 2002 - 1 juin 2002), plus de 11.000 copies du Livre vert ont été distribuées auprès de destinataires sélectionnés (catégories professionnelles concernées, gouvernements, organisations non gouvernementales, institutions européennes, etc.). Une vingtaine de conférences d'ampleur nationale et internationale ont été programmées, dans lesquelles la participation active de l'Olaf a été assurée, et d'autres seront réalisées dans les semaines à venir. Une Audition publique sur le Livre vert sera organisée pour 16 et 17 septembre prochains à Bruxelles.

⁶ Les chefs d'Etat et de gouvernement, réunis à Cologne en juin 1999, se sont félicités de la création rapide de l'OLAF et du dispositif juridique qui l'accompagne, qu'ils avaient demandés lors du Conseil européen de Vienne en décembre 1998.

⁷ Règlement (CE) n° 1073/99 du Parlement européen et du Conseil et Règlement (Euratom) n° 1074/99 du Conseil, du 25.5.1999, relatifs aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (JO L 136 du 31.5.1999).

nationales compétentes. Il s'agit là d'une compétence fondée sur le statut d'indépendance reconnu à l'Olaf dans l'exercice de ses activités opérationnelles.

Compte tenu de la « judiciarisation » des procédures d'enquête et suite aux demandes exprimées par le Conseil, le Parlement et le Comité de surveillance de l'Office visant à associer des conseillers judiciaires aux activités d'enquête, une Unité de magistrats a été créée. Cette unité est constituée de magistrats qui ont une forte spécialisation dans le domaine du droit pénal et de la lutte contre la criminalité économique et financière. Sa tâche est d'assurer les contacts avec les autorités judiciaires nationales, le Réseau judiciaire européen et Eurojust. Cette unité, entre autre donne des conseils juridiques, internes à l'Office, dans le but de garantir la légalité des enquêtes, d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes mises en cause et d'éviter les actions en annulation à l'occasion de la procédure judiciaire. Cette unité, finalement, permet ainsi de mieux cibler le rôle de Olaf dans le cadre de la coopération judiciaire européenne, administrative ainsi que pénale, en constituant une interface indispensable pour les Etats membres dans la répression d'une criminalité économique et financière qui est, désormais, de plus en plus transnationale.

B. La coordination, le soutien opérationnel et l'assistance aux échanges restent une priorité essentielle pour Olaf

Deuxièmement, l'Office est en train d'achever la création d'une plate-forme des services. Il s'agit là d'un projet qui vise à évaluer, améliorer et afficher l'ensemble des moyens dont Olaf dispose, ou pourrait disposer, pour valoriser ses prestations et ses services, le but étant de constituer un inventaire de tous les instruments à disposition pour la coordination, le soutien opérationnel ainsi que l'assistance aux échanges d'informations. Cet inventaire facilitera l'utilisation optimale des services non seulement à l'intérieur de l'Office et des institutions (communication interne), mais aussi avec les Etats membres (communication externe). Pour l'essentiel, il s'agit des enceintes de coopération interservices, interinstitutionnelle et bien évidemment avec les autorités nationales, comme le Comité Consultatif (CoCoLaF) et ses groupes de travail spécialisés. Ces enceintes, et notamment le

Comité Consultatif, ont vocation à devenir la charnière de la coopération avec l'ensemble des acteurs de la lutte contre la fraude et les activités illégales (douanes, polices, autorités judiciaires). Une plate-forme de service ainsi structurée permettra aussi à l'Office de concourir à l'amélioration et l'identification des objectifs stratégiques et à l'individualisation des priorités opérationnelles de Olaf.

C. Les limites des pouvoirs d'enquêtes d'Olaf

Enfin, il doit toutefois être souligné que l'Office ne dispose pas de pouvoirs de poursuite ou d'action publique, ni de la qualité d'officier de police judiciaire. A ce titre, des problèmes essentiels restent encore à résoudre afin d'aboutir à une répression efficace de la fraude au niveau européen. En particulier, dans le domaine spécifique de la lutte contre les fraudes communautaires, la difficulté de donner un suivi pénal aux enquêtes administratives menées par l'Office est considérée comme un des obstacles majeurs à la répression effective des activités portant atteinte au budget de l'Union. Quelle est l'origine de cette situation d'inefficacité ? A titre d'exemple, la transmission d'informations entre Etats membres et par l'Office est difficile à cause des différences dans les règles régissant les poursuites judiciaires dans chaque Etat membre. Si, pour les mêmes faits, l'enquête est confiée dans certains Etats membres à un magistrat et dans d'autres à une autorité administrative, les contacts directs entre ces autorités s'avèrent presque irréalisables, en fait comme en droit. De plus, les autorités nationales concernées n'ont pas toutes le même accès à l'information en application des diverses règles nationales relatives notamment aux secrets fiscaux¹, des affaires ou de l'instruction pénale.

D'une manière plus générale, c'est l'existence de frontières judiciaires entre les Etats membres, qui produisent un morcellement de l'espace de poursuite européen et, par conséquent, entravent une répression effective des crimes transnationaux. La solution envisagée par le « Corpus juris » ainsi que par la Commission dans le Livre vert est celle de créer un espace judiciaire unique, où l'activité de recherches et de poursuites menée et coordonnée au niveau européen apporterait une efficacité accrue dans la répression des activités portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés. En effet, pour légitimes et irremplaçables qu'ils soient, les dispositifs existants ne permettent pas, en l'absence d'une structure

¹ Résolution du Conseil du 5 décembre 2002 ; Résolution A5-0116/2000 du 16 mai 2000 du Parlement européen et Résolution A5-0376/2000 du 13 décembre 2000 du Parlement européen ; Rapport du Comité de surveillance – année 2000.

² Rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, approuvé par le Conseil du 28.5.2001 (JO C 216 du 1.8.2001), § III e) : « Les évaluations ont montré que la question des infractions fiscales restait sensible, au point que l'entraide judiciaire pouvait être limitée et ralentie dans ce domaine ou, au pire, refusée » (sous point e, infractions fiscales) ».

institutionnelle spécifique sur le plan communautaire, une action de poursuite transnationale suffisamment efficace.

3. *L'Olaf et le Procureur européen : la complémentarité des acteurs pour le renforcement de la répression de la fraude*

Ce sont précisément ces aspects problématiques qui sont à la base de la proposition de création d'un Procureur financier européen, présenté par la Commission, lors des travaux de la Conférence intergouvernementale de Nice³⁰. Lutter efficacement contre la fraude aux finances de l'Europe implique de remédier préalablement au morcellement de l'espace pénal européen. L'institution d'un Procureur européen, dans le cadre limité de la protection des intérêts financiers communautaires, peut surmonter les limites de la coopération judiciaire classique, en raison des spécificités, détaillées dans le Livre vert, et relatives à son statut indépendant, à son organisation interne, à une harmonisation, plus ou moins poussée, du droit matériel (incriminations et sanctions communes), ainsi qu'à un rapprochement des procédures pénales nationales. Le Procureur européen, capable de déclencher et de coordonner des enquêtes pénales ainsi que de mener l'action publique devant une juridiction, représente une tentative concrète de remédier au fractionnement de l'espace juridique européen et de surmonter les difficultés déjà mises en relief dans le cadre de l'activité opérationnelle de l'Olaf.

Dans une perspective historique à long terme, la création d'un Procureur européen doit être vue comme une étape supplémentaire dans le processus d'amélioration des instruments et des mécanismes de lutte antifraude qui a mené, entre autre, à l'institution de Olaf il y a trois ans.

Tout d'abord, au niveau normatif, la proposition d'instituer un Procureur européen constitue une étape cohérente dans le processus qui a mené à la signature d'instruments législatifs de lutte contre les fraudes. On se réfère en premier lieu à la convention du 26 juillet 1995, adoptée dans le cadre de la coopération intergouvernementale (troisième pilier du TUE), et à ses protocoles de 1996 et 1997³¹. En second lieu, sur la base de l'article 280 TCE introduit par le traité d'Amsterdam, une pro-

position de directive en matière de protection pénale des intérêts financiers des Communautés vient d'être adoptée par la Commission. Le but visé par ce dernier instrument est de favoriser l'harmonisation des instruments de nature pénale utilisés dans le cadre de la lutte contre les fraudes communautaires au niveau national, tout en remédiant aux délais de ratification des Etats membres de la convention de 1995 et de ses protocoles.

Les spécificités de ces instruments, conçus pour améliorer la protection pénale des intérêts financiers, se fondent sur le même idéal qui a mené la Commission à proposer l'établissement d'un Procureur européen. Le projet de la Commission permettrait de concentrer les enquêtes et les procédures pénales, en favorisant ainsi le rapprochement des politiques en matière de protection pénale des intérêts financiers qui devrait être accompli sans délai en vue de la mise en œuvre de l'espace judiciaire européen.

Ensuite au niveau opérationnel, la prévention et la détection administrative de la fraude, interne ainsi qu'externe, menées par l'OLAF, ont à plusieurs reprises mis en évidence les difficultés à donner une suite « pénale » aux différents cas. La création d'un Procureur européen, après avoir été proposé lors de l'élaboration du projet *Corpus Juris* en 1997 et de son *suiivi* en 2000, a été considérée (notamment par le comité d'experts indépendants, le comité des sages, ainsi que par le comité de surveillance de l'Office dans ses rapports annuels) comme une solution pouvant faire face aux difficultés d'investigation et de poursuite pénales, non résolus par l'actuel système de coopération judiciaire fondé principalement sur les bases juridiques et les méthodes offertes par le troisième pilier du Traité sur l'Union.

En effet, la création d'un Procureur européen, établi sur la base des préférences de la Commission contenues dans le Livre vert, devrait se traduire par une complémentarité avec les activités opérationnelles de l'Office. Ce dernier conduit des enquêtes administratives, le premier, le cas échéant, les prolongerait et coordonnerait au niveau pénal. Dans ce contexte, la création d'un Procureur européen aurait une influence certaine sur le rôle actuel de l'Office, dans la mesure où les recherches et les poursuites seraient diligentées par le niveau communautaire. La coordination entre ses deux acteurs, caracté-

³⁰ Contribution complémentaire de la Commission à la Conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles - La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen, 29.9.2000, COM(2000)608. Cette contribution complète l'avis de la Commission au titre de l'article 48 TUE sur la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des États membres en vue de modifier les traités, Adapter les institutions pour réussir l'élargissement, 26.1.2000, COM(2000) 34, § 5 b).

³¹ Concernant la convention de 1995, seule l'Italie n'a pas encore déposé la notification de ratification (15 juin 2002). Quant au protocole de 1996, la Belgique a déposé la quinzième notification de ratification le 12.03.2002, tandis que la procédure de notification du protocole de 1997 doit encore s'achever.

risés par leur statut d'indépendance, produirait une amélioration qualitative de la lutte contre les fraudes communautaires.

4. Conclusion - La création d'un espace judiciaire européen unique pour les infractions financières

L'espace de liberté, sécurité et de justice doit nécessairement prévoir la création d'un espace judiciaire pénal européen, ciblé sur des instruments et des procédures qui renforcent la répression des crimes transnationaux, tout en respectant les droits de l'homme. Cela devient maintenant plus urgent si l'on considère le moment historique dans lequel les membres de la Convention pour les réformes des traités sont appelés à se prononcer: l'adhésion des pays candidats. Un processus qui augmentera les frontières judiciaires entre les Etats et amplifiera par conséquent les périls issus d'un morcellement, au niveau européen, de la lutte contre les activités criminelles.

Quelle serait-elle la valeur ajoutée d'un Procureur européen dans la création d'un espace judiciaire européen?

D'abord, la création d'un Procureur européen, qui coopérerait étroitement avec les autres acteurs de l'espace judiciaire européen (Olaf, Eurojust, Réseau judiciaire européen, Europol, Etats membres), produirait une plus-value dans un contexte général porteur. Cela dans la mesure où seraient créées des procédures de répression et poursuites pénales véritablement communautaires et serait accélérée l'application des instruments existants, tels que le mandat d'arrêt européen. En plus, il fonderait son action sur les principes de reconnaissance mutuelle des jugements, des mesures de recherche et des preuves, qui sont, depuis Tampere, parmi les étapes les plus significatives fixées au niveau de la coopération judiciaire européennes.

Le progrès achevé ces dernières années dans le cadre de la coopération judiciaire pénale a été remarquable. Premièrement, il faut mentionner la convention européenne d'entraide judiciaire qui a été signée en 2000 au sein de l'Union : elle introduit des innovations importantes dans le domaine qui, dès son entrée en vigueur, devraient faciliter et accélérer les procédures d'entraide, en permettant, entre autre, la création d'équipes communes d'enquêtes, l'utilisation de vidéoconférences, et l'échange spontané d'informations entre autorités judiciaires pénales.

Ensuite, le 6 mars 2002, Eurojust, une unité de coordination de la coopération judiciaire composée de 15 membres (pour la plupart des magistrats), vient d'entrer en fonction. Elle pourra coordonner les investigations et les poursuites pénales au niveau européen en matière de

crime organisé transnational, de terrorisme et de délinquance économique-financier, dès lors qu'elle en recevra la demande des Etats membres. En particulier, Eurojust, ayant actuellement compétence générale en matière de fraude aux intérêts communautaires, sera un interlocuteur incontournable de Olaf.

Tous ces instruments constituent des efforts qualitatifs visant à limiter l'impunité des activités criminelles transnationales qui mettent à profit les différences entre les systèmes judiciaires nationaux des Etats membres. En même temps, toutefois, ils donnent les limites du scénario de la coopération judiciaire dans l'Union. Il s'agit des limites issues d'une politique déterminée au niveau du troisième pilier et donc encore largement caractérisée par les instruments de répression pénale conçue par les Etats membres, porteurs d'intérêts, priorités et objectifs déterminés au niveau nationaux, et fortement liés aux systèmes judiciaires internes.

Un projet tel que le Procureur européen, fondé sur un nouvel article du Traité, le 280 bis, donnera finalement à la Communauté la possibilité de poursuivre pénalement les activités qui portent atteinte aux intérêts financiers communautaires. Sans préjudice de ce que pourra être la future organisation d'un espace judiciaire européen, l'action du Procureur européen, comme proposée dans le Livre vert, représente une valeur ajoutée dans la mesure où elle pourrait emmener à la création d'une véritable politique criminelle communautaire (d'abord limitée au domaine de la protection des intérêts financiers des Communautés), et par conséquent à un espace judiciaire européen unique pour les infractions financières. En particulier, en ce qui concerne Olaf, un Procureur européen pourrait exploiter les récentes réformes organisationnelles et opérationnelles de l'Office, et notamment l'expertise des membres de l'Unité des magistrats, et les atouts offerts par la plate-forme des services.

Dans le contexte législatif, opérationnel et institutionnel ainsi défini, et compte tenu des grands défis auxquels l'Union européenne devra faire face lors de l'adhésion des pays candidats, ce n'est donc pas par hasard que la création d'un Procureur européen a été abordée par les membres de la Convention pour la réforme des traités lors de la première séance dédiée au domaine de la Justice et Affaires Intérieures début juin. Le futur d'un espace judiciaire unique se discute maintenant. Il faut participer activement à ce débat en apportant des suggestions et des propositions concrètes et réalisables. Le Procureur européen en constitue un élément clé.

Franz-Hermann Brüner

ESPAGNE

LA PERSPECTIVE ESPAGNOLE SUR LE LIVRE VERT

14

I. La question générale: un modèle juridique de protection des intérêts financiers de l'UE.

Il est impossible de répondre ici à tout le questionnaire contenu dans le Livre Vert. Pour cela, nous avons sélectionné des grands groupes de thèmes qui, selon nous, sont les plus importants dans la perspective des principes institutionnels impliqués par l'instauration d'un Ministère Public Européen.

1. La thèse soutenue dans le Livre Vert par la Commission se base sur une vérification empirique indiscutable: la déficience de la protection des intérêts financiers de l'UE et sa signification considérable. La solution qu'on propose consiste à *centraliser la poursuite pénale* des faits illicites qui affectent ce budget communautaire: fondamentalement, les fraudes commises selon les formes prévues au point 5 du Livre Vert. D'une manière graphique, on pourrait appeler cette solution la solution de la centralisation dans l'input du procédé pénal.

2. Cette solution peut être considérée novatrice en Europe, vu qu'elle se différencie des critères suivis jusqu'à présent dans les procédés d'harmonisation du droit pénal connus dans notre histoire juridique. Aussi bien au XIX^{ème} comme au XXI^{ème} siècle, on considéra que dans l'unification d'un état de marché devait être prioritaire l'unification des normes du droit pénal de fond (Italie, 1859, Allemagne, 1870 et 1992). Le cas de la Suisse est très parlant car l'unification du droit pénal pour toute la Confédération ne fut pas accompagné d'une unification du procédé pénal.

3. Il est évident, de toute manière, que le souci de la Commission se complète également (voir point 5 du Livre Vert) par d'autres éléments qui dépendent de l'efficacité de la protection des intérêts financiers de l'UE. L'idée du Ministère Public Européen (MPE) ne pourrait exister sans l'introduction, en même temps, de préceptes pénaux matériels et sanctions communes. Par conséquent, si on la considère dans toute sa dimension, la solution proposée se base sur trois éléments fondamentaux et interdépendants: la centralisation de la poursuite (point 3.2 LV), une définition uniforme des infractions pénales de la compétence du MPE (point 5.2 LV), ainsi que la prévision des sanctions communes pour ces infractions (point 5.3 LV). Ce modèle d'harmonisation du système pénal de protection des intérêts financiers de l'UE est, selon notre juge-

ment, le minimum indispensable pour la réalisation d'un espace de liberté, sécurité et justice vu que, selon l'art. 29 (2) du Traité UE, "cet objectif doit être atteint par la prévention et la lutte contre (...) la fraude" par la coopération judiciaire et l'harmonisation des normes pénales. La forme la plus efficace de coopération requiert précisément une organisation de la défense des intérêts financiers basée sur le modèle minimum que propose le Livre Vert.

4. Par conséquent, notre réponse à la question 3 est positive. En plus de la création d'un MPE, il faudrait introduire **au niveau communautaire** une réglementation commune des sanctions, pour éviter la manque d'harmonie qui existe dans l'actualité. Nous pensons aussi que cela est applicable aux fondements de la responsabilité pénale (tentative, concours de personnes, responsabilité des personnes juridiques, erreur, circonstances aggravantes et atténuantes) et de la prescription, vu que **sans une réglementation commune des principes généraux**, le but poursuivi grâce à la réglementation commune des infractions et sanctions ne pourrait pas être atteint.

5. La proposition mérite également une approbation en ce qui concerne les compétences que l'on attribue au MPE ainsi que son interdépendance avec les systèmes de poursuite pénale des Etats membres.

II. Position juridique et structure du MPE

1. Nous avons dit à de nombreuses reprises que l'UE n'est pas un état fédéral ni une confédération d'Etats mais bien une entité supranationale sui generis. Néanmoins, vu les relations existantes entre l'ordre communautaire et celui des Etats membres, il existe pour le droit pénal dans l'UE pratiquement les mêmes problèmes que dans quelque autre entité politique où vivent deux ordres juridiques autonomes. Par conséquent, la défense des biens juridiques communautaires doit être de la compétence du MPE et ce dernier doit avoir préférence sur le MP de l'état membre. Les raisonnements du Livre Vert dans ce sens sont tout-à-fait corrects.

Merite également notre approbation la structure décentralisée du MPE, les normes pour sa désignation et celles relatives à son travail, qui ont été proposées dans le Livre Vert. Depuis notre perspective, **il n'est pas recommandable** que les Délégués puissent accumuler à l'exerci-

ce de leur charge des fonctions propres à celles du Ministère Public de l'état membre où il doit agir. L'indépendance et la séparation des fonctions du MPE délégué éviteront, sans aucun doute, les conflits entre le MPE et le MP national.

En ce qui concerne la personne qui doit obligatoirement soumettre le cas au MPE, nous n'avons aucun doute sur le fait que les fonctionnaires publics, aussi bien communautaires que ceux de l'état membre, sont obligés de dénoncer au MPE tous les cas dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, et où la Commission a des sérieux doutes sur la commission d'une infraction de la compétence du MPE.

Il est plus compliqué d'établir un devoir général pour tout citoyen de dénoncer. Ce devoir général existe en droit espagnol mais son infraction ne constitue pas un fait pénal illicite sauf dans les cas graves, lesquels ne constituent pas des infractions dépendantes de la compétence du MPE.

La question est spécialement délicate pour les avocats. Les avocats espagnols ont rejeté catégoriquement l'introduction de tels devoirs en ce qui concerne le blanchissement d'argent, c'est pourquoi il faut supposer qu'ils le feront également dans le cas présent.

2. Comme nous l'avons dit plus haut, notre point de vue est que le MPE doit avoir préférence sur le MP national pour la poursuite des infractions pénales communautaires. De toute manière, il peut exister des conflits de compétence dans des affaires mixtes. La solution de ces conflits doit, avant tout, être règlementée expressément. Cette réglementation doit viser à empêcher que le MPE se voit rapidement affligé par une grande quantité d'infractions connexes qui seraient de sa compétence. Dans la mesure où le juge national est également juge communautaire, le problème ne devrait pas être compliqué vu qu'il est parfaitement possible de faire une enquête conjointe où l'infraction communautaire serait réservée au MPE. Si on admet ce critère, les conflits seront réduits et pourront être résolus par le Tribunal de Justice.

3. Nous sommes partisans du principe de légalité. Les infractions de la compétence du MPE sont importantes du point de vue de la fonction préventive du droit pénal et par conséquent, il ne serait pas approprié d'établir le principe d'opportunité.

4. Du point de vue espagnol, l'attribution au MPE de l'instruction préliminaire est problématique vu qu'en Espagne, les infractions qui seraient de la compétence du MPE correspondent au Juge d'Instruction. Si on admet la possibilité d'une action partagée pendant l'instruction, il faudra étudier d'une façon spéciale la formule que l'on

devrait trouver pour coordonner le système espagnol et le système proposé par la Commission.

5. Les mêmes questions se poseront, comme c'est logique, pour le classement et la phase du jugement. La différence entre le système de la procédure espagnole et celui que propose le Livre Vert requiert une étude approfondie.

III. Tribunal compétent.

La question du Tribunal compétent pour le jugement est, à notre avis, de plus grande importance et de plus, particulièrement délicate, vu que la Constitution espagnole considère comme un droit fondamental que le tribunal soit déterminé par la loi (art. 24.2 CE). Dans la tradition du droit espagnol, d'une part, il existe une forte incrustation du principe de territorialité, selon lequel le lieu de la commission de l'infraction détermine le juge compétent, idée dominante dans tous les Etats membres de l'UE. Ce principe peut seulement être opérationnel si on détermine également le lieu de la commission de l'infraction. La Convention PIF, du 25-7-1995 se réfère aussi au principe actif de la nationalité (art. 4.1(3)), avec une formulation qui pourrait être discutable mais reconnue également (de façon limitée) en Espagne (voir art. 23 Loi Organique du Pouvoir Judiciaire). Cependant, un principe de distribution des compétences, comme celui proposé dans le LV n'a pas encore été reconnu en Espagne.

De toute manière, la nécessité de choisir le Tribunal de jugement par le MPE est, dans la pratique, la conséquence des critères des législations des Etats membres pour déterminer le lieu de la commission de l'infraction. Aujourd'hui, on a résolu le conflit entre le lieu de l'exécution de l'action et le lieu de production du résultat car on a imposé une synthèse, selon laquelle l'infraction est considérée commise dans tous les lieux où s'est exécutée l'action ou produit le résultat (dommage). Mais en appliquant ce critère, l'infraction peut avoir plusieurs lieux de commission et par conséquent, peut être de la compétence des tribunaux de plusieurs Etats membres. Les critères pour décider du choix du Tribunal du jugement établis dans l'art. 26 du Corpus Juris sont, à notre avis, adéquats.

Le problème du contrôle du choix du Tribunal de jugement dans les cas où plus d'un Etat membre serait compétent ne devrait pas être laissé au MPE (première possibilité considérée dans le LV) car cela signifie renoncer au contrôle externe d'une décision qui peut affecter sérieusement les droits de la défense. Il est tout-à-fait certain, comme le signale le LV (6.3) que dans tous les Etats membres, on respecte les exigences des droits fondamen-

taux en relation avec les garanties de la procédure. Néanmoins, c'est seulement une *vérité normative*. Les faits paraissent suggérer que cette *vérité normative* ne *garantit pas totalement l'égalité* du résultat du procès. Les investigations empiriques réalisées dans certains Etats membres montrent qu'il peut y avoir, dans les tribunaux où on doit réaliser le choix, des pratiques très différentes en ce qui concerne la détermination de la peine applicable ainsi que des critères de valorisation des preuves. Par conséquent, il nous paraît nécessaire que soit entendu l'accusé pour le choix du tribunal compétent, car il a des intérêts en jeu dignes de considération.

Le choix ne devrait pas non plus être effectué par le Tribunal choisi par le MPE, car on ne pourrait pas obtenir un traitement uniforme de la question.

La troisième possibilité est, par conséquent, la meilleure. La nécessité d'un organe judiciaire pénal communautaire (par exemple: une section pénale du Tribunal de Justice) avec la compétence pour contrôler la décision relative au tribunal de jugement ainsi que pour la *maintenance de l'unité du droit communautaire appliquée par les différents tribunaux nationaux*. Il s'agit d'une conséquence du droit à l'égalité. Cette section pénale pourrait assumer aussi les contrôles relatifs au classement ou non-lieu.

IV. Réflexions finales

La solution de la centralisation dans l'input du procédé pénal est le premier pas nécessaire pour octroyer efficacité à la protection des intérêts financiers de l'UE. Les réponses du Livre Vert amélioreront sûrement de façon raisonnable la protection des intérêts financiers de l'UE.

Néanmoins, nous ne devons pas oublier que ces propositions sont le commencement d'une étape qui se développe dans un champ de sécurité et d'égalité juridiques. L'UE est une communauté de droit et par conséquent, on doit garantir aussi l'égalité des citoyens dans l'application du droit. C'est-à-dire qu'il est nécessaire d'établir des garanties concernant l'output du procédé pénal car dans le cas contraire, le droit à l'égalité pourrait être sérieusement affecté. Dans cet ordre d'idée, il faut réfléchir sur l'efficacité au niveau communautaire de la procédure des questions préjudicielles actuelles dans un cadre aussi spécial que le droit pénal. Très probablement, on devrait aussi prévoir dans les compétences du MPE celle de veiller à l'unité de l'ordre juridique communautaire pour l'application des normes relatives à la protection des intérêts financiers de l'UE. La participation nécessaire du M.P. dans tous les types de procédures qui ont pour objet ces infractions lui permette d'avoir une information sur

les possibles divergences interprétatives des tribunaux nationaux. Cette fonction est particulièrement importante dans le cas de l'Espagne où selon l'organisation judiciaire, les cas de fraudes communautaires n'arriveront pas, par principe, au Tribunal Suprême et pour cette raison, il ne faut pas exclure une certaine divergence dans la jurisprudence.

Prof. Dr. Enrique Bacigalupo
Magistrat du Tribunal Suprême d'Espagne

Prof. Dr. M^a Luisa Silva Castaño
Magistrat de l'Audience Provinciale de Madrid
Professeur à l'Université de San Pablo CEU
de Madrid

CZECH

INITIAL REFLECTIONS OF THE CZECH ASSOCIATION ON THE GREEN PAPER

In our view the Green Paper is of considerable importance for the further development of protection of the financial interests of the European Community. The authors of the Green Paper have done for us a great service in drawing up these proposals for discussion. Here we join in the debate by replying to the first five groups of questions in the questionnaire annexed to the Green Paper.

The first group of questions is general in nature. It reads as follows: "What do you think of the general outline proposed for the European Public Prosecutor, in particular as regards: his scope of action (confined to the financial dimension Community interests), his powers, [and] his relationship with national systems of criminal law?" In order to set a context for discussion of these questions, it is necessary to start with the basic principles of Public Prosecution as such.

National and European interests intertwined

Within the national context, the public interest in criminal proceedings can be defined in relation to the national legal system and particular conditions of social life, as the intersection of many social and individual interests. The state is the guardian of the public interest; it is represented by the national public prosecutor. Every Public Prosecution Service has one primary task - the protection of common/public interests of Society in criminal proceedings. The implementation of the public interest in criminal proceedings in each state follows from the nature of its criminal proceedings.

The exercise of a state's right to punish (that is to say, to apply the substantive provisions that are a reflection of the public interest in criminal proceedings) depends on procedure. It affects all parties to the proceedings. The public prosecutor has the right to initiate proceedings (he is in the position of "*domini litis*"). The accused stands against a prosecutor in a position of "*favore defensions*". Indeed, every right attracts an obligation and vice versa. The right of the state to punish requires an obligation to guarantee fairness of trial, the protection of fundamental rights etc.

Within the European legal sphere, we could perhaps use the expression "the interest of European public", taking into account European social conditions. The guardian of the public interest seems to be the European Union, whose

representative is (or would be, according to the proposals of the Green Paper) the European Public Prosecutor. However, one question is whether the European and national public interests are the identical, or at least compatible.

Reflecting wider international developments

From the European point of view, the proposal for a European Public Prosecutor simply reflects a wider, modern conception of public prosecution. We can find similar examples of the Public Prosecution in international criminal tribunals. However, the European Public Prosecutor will not bring a prosecution to a European tribunal, but to a national court. It is a very important distinction. Protection of the EC financial interests would be based on supra-national requirements and powers would be set by the European territoriality principle, but judgement would remain at the level of national legal systems.

According to the Green Paper (p. 24) the fundamental principles upon which the proposal for a European Public Prosecutor's Office are based are as follows:

1. The European Public Prosecutor would gather all the evidence for and against the accused.
2. The European Public Prosecutor should also be responsible for directing and co-ordinating prosecutions.
3. The European Public Prosecutor would have specialised jurisdiction, prevailing over the jurisdiction of the national enforcement authorities but meshing with them to avoid duplication.
4. The European Public Prosecutor would have recourse to existing authorities (police) to actually conduct the investigations but would direct investigations in cases under his supervision.
5. The judicial oversight of individual freedoms and basic rights - including authorisation and control of investigations, and proper limits to admissibility of evidence gathered in any Member State - would be exercised by the Member States and would be recognised throughout the Community.
6. The European Public Prosecutor would send cases for trial in the national courts, thus defending the financial interests of the Communities.

According to the Green Paper the national courts, acting as courts of Community law, would apply to this category of offences the same rules incorporated into the national legal order as they already apply rules of Community law in all areas where the EC Treaty operates.

The common public interest on protection of EC financial income and outcomes within criminal substantive law has been expressed in several contexts, for example in 1995 in the EU Convention on protection of EC financial interests. The Corpus Juris is an expression of this ongoing discussion about the existence of public interest in common procedural protection of EC financial interests. This project is also in line with Article 280 para 2 of the EC Treaty stating that the Member States should provide the same measures to prevent frauds detrimental to EC financial interest as they do for frauds detrimental to their national financial interests.

The situation in the Czech Republic

On January 1, 2002 a significant amendment of the Czech Criminal Procedural Code came into force. This amendment removed from the Criminal Procedural Code the distinction between "investigators" and "police bodies". These two authorities, active in criminal procedure, were unified into one police authority. In the same time, the position of a public prosecutor was strengthened. Since January 1, 2002 a public prosecutor can pursue a settlement directly with the mediation service. Up to now, only the court has had the power to do so.

So, the Czech model is now more compatible with the position of prosecutors in EU Member States. Prosecutors' powers in the Czech Republic are now greater; they come closer to the model suggested in the EPP project. The new amendment of the Czech Code on Organisation of Prosecution Service has been in force since March 1, 2002. Under this amendment, the Supreme Public Prosecutor is not subordinated to the Ministry of Justice. So he/she will be more independent of the executive. These are essential requirements for future co-operation between the EPP and the Czech prosecution service.

Structural and organisational aspects

Question 2 set out by the Green Paper is "What are your views on the proposed structure and internal organisation of the European Public Prosecutor? Should the European function conferred on the Deputy European Public Prosecutor be an exclusive function or could it be combined with a national function?"

One of main principles of the prosecution service is the principle of hierarchy. This is the main difference between it and the court system. However, the principle of hierarchy

is very often in conflict with the principle of independence. On the one hand, the system of public prosecution should guarantee enough independence to particular prosecutors in the decision making process. On the other hand, it is necessary to ensure proper control over their activities. In other words, there must be balance between the hierarchy principle and the principle of independence of the EPP, especially in relation to the external form of this independence. In this connection, it is necessary to bear in mind that the main threat to the independence of the public prosecution comes from too much bureaucracy, not from hierarchy. These considerations are connected partly with the relation between the prosecution and other state authorities, and partly with the internal organisation of the prosecution service.

The relationship between the principles of hierarchy and independence is a very sensitive problem in the countries where prosecution services are subordinated to the Ministry of Justice. Usually the Minister of Justice is authorised in these countries to issue instructions of a specific or general nature to prosecutors. He/she is responsible for general penal policy. In several countries, the prosecution service is independent and responsible only to the Parliament. The person responsible for common policy in these countries is a general prosecutor.

The DEPP and the national courts

To answer the question whether a Deputy European Public Prosecutor should be an exclusive function or it could be combined with a national function, it is necessary to have a clear idea about the relationship between the DEPP and the national investigation and prosecution services. The Green Paper anticipates that neither Community law officers nor a Community criminal court will be established. However, it follows that, in order to ensure the same rights before law in each country, it would be necessary to ensure the same relationship between DEPP and national courts and investigation services, as is between the national prosecutor service and national courts and investigation services in each country.

In other words, the relationship between the DEPP in Member States and the national prosecution authorities will need to be made clear. On the one hand, the office of DEPP cannot be subordinated to the national general prosecutor, because he does not come under the direction of the national prosecution authorities (he cannot receive any instruction for his work from national bodies). It should be the European Public Prosecutor who will be responsible for common policy in the protection of EC financial interest in the EU. On the other hand, it will be crucial to ensure to close co-operation between the DEPP and the national prosecution service, especially in relation to the so-called

hybrid cases where EC and national financial interests are both infringed.

It follows that it will be essential to ensure the exchange of information and the close co-operation between the two bodies. Examples of this mutual co-operation between the European and national prosecutor are contained in several parts of the Corpus Juris project: in Article 18(5), on the obligation of co-operation or assistance between National Offices of the Public Prosecution and the European PP Office; in Article 19, on national authorities' obligation to report criminal offences to the EPP as set out in Articles 1-8 of Corpus Juris; in Article 20(4) on the possibility of delegating the powers of the European Delegated Prosecutor, due to urgency, to national authorities; and in Article 22(1), which allows the participation of both in a trial before a national court. A similar situation also results from Article 23 on execution.

Independence and illusion

Such co-operation does not mean subordination or even supervision. It means only co-operation and/or co-ordination of certain activities in a common framework. In practice, however, the effectiveness of the EPP will be heavily dependent on its relationship with the national prosecution service. In other words, absolutely independence the EPP from the national prosecution service is only illusory. Considering that the final responsibility for co-ordination and of prosecution will rest on the European Public Prosecutor, we consider the question of compatibility of systems to be a crucial one.

Despite that, we would not prefer joining up the DEPP and national prosecution, though close co-operation between these two institutions is crucial. If the DEPP would be only a "specialisation" of national prosecution services, a lot of problems could arise in countries where the position of public prosecution falls short of standards of independence and other principles of the EPP. There will be also a problem of disciplinary liability regarding "European prosecutors". The rules of disciplinary liability should be the same for the EPP as well as for the DEPP.

Prosecution mandatory, discretionary, ex officio

The third question posed by the Green Paper is "Should be European Public Prosecutor be guided by the mandatory prosecution principle, as proposed by the Commission, or by the discretionary prosecution principle?" In responding to this, first of all we would like to stress the difference between mandatory and discretionary principles on the one hand, and officiality principle on other hand.

These questions are quite difficult and complex for such a short report. Basically, they depend on the principles of legality and opportunity in penal matters, and on the specific content of words "public interest" (as mentioned above). Summarising, we can say that:

- the principle of legality is the obligation of authorities active in penal proceedings to prosecute all crimes of which they get knowledge
- the principle of opportunity is based on considerations of if it is necessary to prosecute a crime (from the point of expedience) or not.
- the principle of ex officio prosecution means the obligation to make steps of procedure (ex officio), not only as a result of an announcement etc. We cannot see any problems relating to a practical application.

We now focus on the problem of expedience, which can be thought of as the "public interest" in relation to the principles of legality and opportunity. In legality systems, the public interest is linked to particular criminal offences. It gives only the slightest space for more liberal and flexible considerations of judges and prosecutors. The substantive (material) penal law, as such, reflects a public interest that sits at the intersection of many social and individual interests. In practice, it is applied by prosecutors as a so-called "movable public interest", which allows the prosecutor to act both to the advantage and to the disadvantage of a defendant.

In countries where principle of opportunity is applied, the public interest is the main basis for decisions of the prosecutor to apply discretion or not. The public interest is defined by the law, or by an instruction of superiors (the Ministry of Justice, high level of prosecution service etc), or by mixture thereof.

The situation in the Czech Republic

In several countries (the Czech Republic, Slovakia, etc), the principle of "social dangerousness" is applied as a part of the assessment of the formal characters of crime, and it can influence whether a prosecution will start or not. In fact, such systems are "legalistic". There are several systems of penal law in Europe that are basically legalistic, however with considerable scope for diversions. It seems that there are no serious discrepancies within this point of view.

But such a position is modified by several circumstances. The principle of discretion seems to bring unexpected problems within compatibility of both of European and national public interests in real practice. Due to this and due to the fact that according to the Green Paper the European Public Prosecutor would gather all the evidence for and against the accused, we must prefer mandatory and ex-officio prosecution.

However, it should be kept in mind that application of mandatory prosecution in legal systems operating on the basis of principle of opportunity could clash with the principle of equality before law. One offender from a Member State could be prosecuted for "a Euro fraud" and another one from the same Member State would not be prosecuted for "a national fraud" of the same extent, just because a national prosecutor used his power of discretion.

Issues around coherence and consistency of the European legal space

The fourth question posed by the Green Paper is "Does the proposed list of investigative measures for the European Public Prosecutor seem to you to be adequate, particularly as a means of overcoming the fragmentation of the European criminal-law area?"

Our response is that the proposed list of investigative measures may be adequate. If the EPP is a unified authority, it would be meaningful to apply the principle of European territoriality. On the other hand, if the evidence gathered in pre-trial procedure by the EPP is intended to serve as evidence in trials before national courts, a narrower harmonisation of evidential standards should be provided.

Finally, the fifth question is "Do you think that the principle that evidence lawfully obtained in a Member State should be admissible in the courts of all other Member States is such as to enable the European Public Prosecutor to overcome the barrier raised by the diversity of rules of evidence?"

This question is closely connected with the previous one. Our opinion is that, if the above-mentioned principle fails to be accepted, then pertinent provisions of the international conventions on the legal assistance in criminal matters should be applied in daily practice. Moreover, if the penal procedure in the country where trial will take place demands higher or different standard of admissibility of evidence, it should be respected. That approach could, however, introduce serious obstacles for the speed and fairness of trials. It follows that the principle of "admissibility of lawfully obtained evidence in all Member State" will be very helpful. However, the Green Paper position (p. 25) that "the trial stage remains in national hands - there is no question of creating a Community court to hear cases on the merits", it will be necessary to create common and appropriately high standards for admissibility of evidence for all the Member States.

Dr Jaroslav Fenyk, PhD. President of the Czech Association of Lawyers for Protection of EC financial Interests. First Deputy Supreme Public Prosecutor.

Dr Svetlana Kloucková. Member of the Czech Association of Lawyers for Protection of EC Financial Interests. Director of the International Affairs Department of the Supreme Public Prosecutor's Office.

CONTENTS

2

OLAF Supervisory Committee

Opinion 2/2002 on the Green Paper on the criminal-law protection of the community's financial interests and the establishment of a European public prosecutor

7

Procureur européen : un bourgeon est éclos !

Luc Bihain

9

La création d'un procureur européen dans la perspective de l'OLAF : une valeur ajoutée dans l'espace de justice, liberté et sécurité

Franz-Hermann Brüner

ASSOCIATION'S OPINION

14

ESPAGNE : Le Livre Vert depuis la perspective espagnole

Prof. Dr. Enrique Bacigalupo

Prof. Dr. M^{re} Luisa Silva Castaño

17

CZECH : Initial reflections of the Czech association on the Green Paper

COMITÉ DE RÉDACTION

Luc BIHAIN,
F. de ANGELIS,
C. LECOUC,
L. KUHL,
J. DARRAS,
R. SICURELLA,

S. WHITE,
T. POIJSTI,
S. SALAZAR,
J. OWEN,
J. DOPHEIDE,
M. BENILLOUCHE

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 : Luc.Bihain@ulg.ac.be

Correspondant

pour la Commission

européenne

F. de Angelis, Directeur
AIDCO/F
J.-54 7/9
Rue de la Loi 200
1049 Bruxelles