

N°

33

8ème année 2001

Octobre Novembre Décembre

Bureau de dépôt LIEGE X

Agon

BULLETIN TRIMESTRIEL

Meilleurs vœux

Beste wensen

Best wishes

2002



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

LA SANCTION PÉNALE AU SEIN DE "L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE"...

2

Le Conseil des ministres de la justice et des affaires intérieures (JAI), a procédé récemment à la première évaluation des résultats obtenus dans la construction de "l'espace de liberté, de sécurité et de justice", objectif prévu par l'article 29 du Traité sur l'Union européenne (TUE) et réaffirmé lors du sommet de TAMPERE. Cette évaluation a mis en évidence l'ampleur de ce qui constitue à la fois un des principaux blocages et un des principaux défis: l'harmonisation des sanctions pénales¹.

En effet, si la sanction pénale est entrée dans le champ de compétence de l'Union européenne, cette entrée ne s'est pas déroulée sans difficulté. Aussi, moins de trois ans avant la date d'achèvement prévue pour la construction de "l'espace de liberté, de sécurité et de justice", on peut se demander si les Etats membres et l'Union parviendront à déterminer et à harmoniser les sanctions pénales en Europe.

La réponse à cette question appelle préalablement des précisions quant à la notion de sanction pénale. Deux hypothèses doivent ainsi être distinguées²: les sanctions "directes" c'est-à-dire imposées par une disposition communautaire et appliquées par les institutions de l'Union; les sanctions "indirectes" qui regroupent les sanctions prévues ou imposées, par les instances de l'Union mais appliquées par les instances nationales selon la procédure nationale. La première hypothèse correspond à la création d'un droit communautaire pénal. La seconde relève de la "détermination du droit pénal national" par l'Union.

Qu'elle soit directe ou indirecte, la sanction pénale est cependant longtemps restée en dehors du champ de compétence de l'Union. Si cette situation semble aujourd'hui devoir être remise en cause, il reste que cette émergence de la sanction pénale en Europe rencontre encore des limites.

I. L'émergence de la sanction pénale en Europe

La compétence des Communautés en matière de sanction, s'est longtemps arrêtée aux frontières de la représen-

sation pénale, mais cette situation a évolué grâce à l'apparition de la matière pénale dans le troisième pilier.

A. L'émergence d'une compétence pénale de l'Union

Dans le Traité de Rome et jusqu'au milieu des années soixante-dix, l'Union ne disposait quasiment d'aucune compétence dans le domaine pénal. Les seules exceptions concernaient le faux serment et la protection du secret atomique⁴. Cette incompétence des Communautés était principalement fondée sur deux arguments. Le premier, d'ordre politique reposait sur l'idée que le droit pénal relève du droit de punir, qui est un des attributs essentiels de la souveraineté des Etats. Le second résultait du fonctionnement de la structure communautaire qui ne pouvait satisfaire les exigences démocratiques en la matière: elle ne possédait pas les organes nécessaires, tels qu'un organe législatif démocratiquement élu, une police européenne ou encore un tribunal compétent en matière pénale⁵.

Si les accords de SCHENGEN ont pour la première fois permis d'aborder cet aspect, ce fut pour mieux l'exclure: l'objectif visé consistait en effet à refuser une intervention directe des Communautés⁶... Le droit pénal apparaît en Europe avec le traité sur l'Union européenne qui reconnaît la "coopération judiciaire en matière pénale" comme "question d'intérêt commun" au sens de l'article K.1 du TUE. Si la matière pénale entre dans le cadre du troisième pilier dès 1992, la sanction pénale n'apparaît en revanche que depuis le traité d'AMSTERDAM, grâce à l'article 31, point e-) du TUE qui précisa que "l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à ... adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables" dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue.

Cette insertion de la sanction pénale dans le TUE appelait dès lors quelques précisions.

¹ RIVAIS R., Les deux défis d'un espace judiciaire européen, Le Monde, 15 novembre 2001, rubriques Horizon

² Classification empruntée à STUYCK J. et DENYS C., des sanctions communautaires, in La justice et l'Europe, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 423.

³ prévu par les articles 27 du protocole sur le statut de la CJCE et 28 du protocole sur la Cour de justice EURATOM

⁴ article 194 al 1 traité EURATOM

⁵ SIEBER U., Union européenne et droit pénal européen, RSC, avril-juin 1993, p. 258

⁶ LABAYLE H., L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne, RSC, janv-mars 1995, p. 34 et s.

B. L'influence croissante du droit de l'Union sur la sanction pénale nationale

Initialement, les Communautés pouvaient imposer aux Etats membres de prendre des sanctions, mais pas de nature pénale. En application du principe de sauvegarde, les Etats devaient prendre les mesures "propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité"⁸. Progressivement, la liberté des Etats quant au choix de ces mesures diminua. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes estima que les Etats membres devaient "veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure, analogues à celles applicables aux violations du droit national ...et qui... confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif"⁹. En outre, le choix des Etats fut limité par un encadrement de plus en plus détaillé¹⁰ et plus global des mesures à prendre par les Communautés¹¹.

Cependant, ce n'est que récemment, que l'Union commença à "s'intéresser" à la sanction pénale nationale, et ce de deux manières.

D'abord par un effet neutralisant¹², lorsque les sanctions pénales nationales apparurent incompatibles avec celles issues du droit communautaire, la Cour imposa aux Etats de les abolir¹³. Sur le fondement du principe de proportionnalité, la Cour refusa ainsi que la législation française frappe l'omission ou l'inexactitude de déclara-

tions en douane de sanctions pénales qui seraient aussi fortes que celles imposées en cas de fausse déclaration commise dans le but de réaliser des importations prohibées¹⁴.

La convention sur la Protection des intérêts financiers des Communautés¹⁵ constitue une étape importante au regard de l'effet positif du droit de l'Union. Pour la première fois, l'article 2 prescrit aux Etats membres le soin de prendre "les mesures nécessaires" pour que les comportements visés (et notamment la fraude aux dépenses et aux recettes) soient passibles de "sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas de fraude grave, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition." La même technique a été ultérieurement utilisée en matière de corruption¹⁶, ainsi que pour protéger l'Euro des contrefaçons¹⁷. Parfois, sans que le terme de sanction pénale soit utilisé, la rédaction des dispositions peut indirectement contraindre les Etats à y recourir. Par exemple, en matière de blanchiment, une décision-cadre impose aux Etats de prendre les mesures nécessaires pour que les agissements réprimés soient passibles de peines privatives de liberté, ce qui implique de choisir une sanction pénale¹⁸.

Si l'Union peut désormais contribuer à la détermination de la sanction pénale nationale, cette influence demeure cependant encore limitée du fait de son insertion dans le troisième pilier.

⁷ pour une présentation synthétique des domaines concernés : cf STUYCK J. et DENYS C., Les sanctions communautaires, in La justice pénale et l'Europe, sous la direction de TULKENS F. et BOSLY HD, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.423 et s.

⁸ article 10 du traité instituant les Communautés européennes (TCE), tel que modifié par le traité Amsterdam

⁹ CJCE 21 septembre 1989, Commission c/ Grèce, 68/88, Rec. CJCE p. 2979 ; l'article 280 TCE transpose ce principe d'assimilation en matière de lutte contre la fraude et la protection des intérêts financiers des Communautés.

¹⁰ SIEBER U., op. cité p. 255

¹¹ Un règlement relatif aux sanctions administratives communautaires dans tous domaines du droit communautaire, récemment adopté par le Conseil illustre cette évolution. Cf. Règlement 2988/95 du 18 décembre 1995, JOCE 1995, L 312/1

¹² PRADEL J. et CORSTENS G., Droit pénal européen, Dalloz, 1999, p. 407

¹³ CJCE 23 février 1995, Bordessa, C-358/93 et C- 416/93, Rec. CJCE p.I-361. Cet arrêt illustre l'effet négatif : une disposition pénale nationale exigeant une autorisation ou une déclaration préalable lors d'un transfert d'argent a ainsi été jugée contraire à la libre circulation des capitaux, garantie par l'article 56 TCE.; confirmation CJCE 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, C-163/94, C6 165/94, C-250/250/94, Rec. CJCE p. I-4821

¹⁴ CJCE 26 octobre 1989, Procédure pénale c/ Levy, aff 212/ 88, Rec. p. 3511, 3530 ; RSC avril-juin 1993, p.339, comm. FOUR-GOUX JC

¹⁵ établie sur la base du titre VI article K 3 du traité de l'Union européenne, JOCE, n° C 316 du 27 novembre 1995, 49

¹⁶ Protocole à la convention Protection des intérêts financiers des communautés précité de 1996, et convention de 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union : JOCE, n° C 195, 25 juin 1997.2 et s. ; Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union, relative à la corruption dans le secteur privé, JOCE, n° L 358, 31 décembre 1998.2 et s.

¹⁷ Résolution du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'Euro ; décision du Conseil du 29 avril 1999 étendant le mandat d'Europol à la lutte contre le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement, JOCE, n° C 149,28 mai 1999, 16 s. ; décision-cadre du 28 mai 2001, article 6, JOCE, L 149/1, du 2 juin 2001

¹⁸ Décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et produits du crime, JOCE n° L 182/1 du 5 juillet 2001, article 2 .

II. Les limites à l'émergence de la sanction pénale en Europe

L'influence de l'Union sur la sanction pénale nationale est encore limitée en raison non seulement de l'absence de communautarisation de la matière et de l'insuffisance de l'harmonisation, mais également et surtout de l'absence de sanction pénale "directe".

A. Les limites à l'influence de l'Union sur la sanction pénale nationale.

Une première limite réside dans les instruments juridiques utilisables pour encadrer ou déterminer la sanction pénale nationale : la matière pénale n'ayant pas encore été communautarisée, elle reste dans le domaine du troisième pilier. Or, dans ce cadre, les instruments juridiques apparaissent peu contraignants pour les Etats¹⁹.

Les instruments tels que la directive et le règlement ne peuvent ainsi pas être utilisés pour prescrire aux Etats d'édicter des sanctions pénales, et ce, en dépit de ce que certaines dispositions ont pu laisser croire.

Ainsi, si un arrêt récent a reconnu que sous certaines conditions, l'exécution d'une directive peut exiger une sanction pénale, il demeure encore isolé²⁰. De même, et bien que certains auteurs aient pu qualifier de sanctions pénales déguisées les sanctions administratives prévues dans un règlement, il semble que cette opinion soit loin d'être unanimement partagée²¹. La Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs refusé de reconnaître la nature pénale de l'amende et de la confiscation

contenues dans des règlements d'exécution de la Commission²². Enfin, si le nouvel article 280 du TCE relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés pourrait servir de fondement à la reconnaissance d'une sanction pénale dans le domaine communautaire, cette interprétation demeure encore discutée²³.

Le pouvoir de l'Union en matière de sanction pénale nationale rencontre une seconde limite relative au degré de précision des règles que l'Union peut imposer²⁴. Bien que l'harmonisation des sanctions pénales "dans tous les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue" constitue une des mesures prévues²⁵, elle demeure encore insuffisante. En dehors du fait que cette harmonisation est limitée à des domaines particuliers, il apparaît que la Commission se contente de fixer le plafond en dessous duquel les juges ne peuvent descendre lorsqu'ils ne trouvent pas de circonstances atténuantes - les Etats ayant toujours la possibilité de fixer des plafonds plus élevés. Or, à l'occasion de la discussion sur la lutte contre le terrorisme, ce "socle minimal d'une peine maximale" a été critiqué par les représentants de l'Allemagne, de l'Autriche et du Danemark. Cette méthode constituerait en effet un obstacle à l'harmonisation des sanctions, les législateurs nationaux pouvant toujours fixer des peines plus élevées. Ces trois Etats ont ainsi demandé que les lois européennes fixent trois fourchettes de gravité, les législateurs nationaux se chargeant ensuite de définir les peines encourues²⁶.

La question du pouvoir de l'Union quant à la détermination de la sanction pénale nationale n'est donc pas complètement résolue. La communautarisation des sanc-

19 Le traité d'Amsterdam remplaça notamment l'action commune par la décision-cadre et la décision "à toute autre fin". La possibilité de conclure des conventions fut maintenue, et modifiée par une faculté de coopération "renforcée" (article 34 c) et d) du TUE). Si la décision-cadre présente les mêmes caractéristiques que la directive, elle ne peut cependant ni se voir reconnaître un effet direct par la Cour de justice des Communautés européennes, ni donner lieu à une sanction des Etats en cas de défaut de transposition.

20 "Les dispositions que...les Etats membres sont amenés à prendre pour éviter toute publicité qui attribue des caractéristiques aux produits cosmétiques que ces derniers ne possèdent pas doivent prévoir qu'une telle forme de publicité constitue une infraction, notamment de nature pénale, assortie de sanction ayant un effet dissuasif." Cour de justice des communautés européennes, 28 janvier 1999, C 77/97, par. 36, et cité par MANACORDA S., *Le droit pénal et l'Union européenne, esquisse d'un système*, RSC, janv-mars 2000, p. 95 et s. ;

21 Règlement 2988/95 du 18 décembre 1995, JOCE 1995, L 312/1. Dans le sens de la nature pénale de certaines de ces sanctions cf. PRADEL J. et CORSTENS G., op. cit., p. 494 ; HENNAU-HUBLET C., *Les sanctions en droit communautaire : Réflexions d'un pénaliste*, in *La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de TULKENS F. et BOSLY HD., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 489 ; pour une opinion inverse DELMAS-MARTY M., *Union européenne et droit pénal*, Cah. Droit européen, 1997, p. 607-653, p. 640.

22 CJCE aff. C 240/90 27 octobre 1992, RFA c/ Commission, C-240/90, Rec. CJCE, p. 5383

23 En ce sens voir les propositions du Corpus juris et les conclusions sur la mise en œuvre de ce corpus in *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, vol.1, Intersentia, 2000, p. 388 et s.

24 SIEBER U., op. cit. p. 255

25 Article 31, point e) TUE ; principe réaffirmé notamment lors du plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, adopté le 28 août 2001, www.justice.gouv.fr/europe/optiamst.htm

26 RIVAIS R., *Les deux défis d'un espace judiciaire européen*, *Le Monde*, 15 novembre 2001, rubriques Horizons

tions pénales "directes" et leur harmonisation constituent des enjeux majeurs²⁷. L'existence d'une sanction pénale directe également.

B. L'absence de sanction communautaire pénale "directe" ?

A la différence du pouvoir de sanction indirecte, la compétence de l'Union quant à l'édiction et l'application de sanction est restée fort limitée.

Ni le traité sur l'Union européenne (dans sa rédaction issue du Traité d'AMSTERDAM), ni les Traités CEEA et CECA n'ont conféré aux Communautés ou à l'Union une compétence générale pour édicter et/ou appliquer des sanctions. Seules quelques dispositions accordent aux instances de l'Union des compétences dans des domaines particuliers²⁸. Les réformes institutionnelles relancèrent cependant le débat relatif à l'existence de sanction communautaire pénale "directe".

Pour certains auteurs, cette question relèverait seulement d'une question de requalification²⁹. La nature de la sanction communautaire "directe" ne devrait en effet pas être déterminée en se référant à la seule rédaction des textes mais à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts rappellent régulièrement³⁰ que la qualification de "matière pénale" est dépendante de trois critères relatifs aux indications du droit national, à la nature du fait ou du comportement, au but et à la sévérité de la sanction. Or, au regard du montant parfois

élevé des amendes³¹, du caractère rétributif de certaines sanctions, la sanction communautaire apparaîtrait parfois comme une sanction pénale déguisée³². La terminologie utilisée qui renverrait au système pénal³³ ou encore l'application des garanties pénales aux sanctions (comme le principe de légalité, de proportionnalité des peines) renforceraient cette idée. Au delà de ces arguments juridiques, un argument politique militent en faveur de cette reconnaissance : il existerait un domaine pénal propre à la Communauté, mettant en jeu ses intérêts personnels, qui lui appartiendrait seul de protéger³⁴. La reconnaissance de la nature pénale des sanctions communautaires permettrait par ailleurs d'appliquer la règle *ne bis in idem* sans hésitation³⁵. Toutefois, d'autres auteurs contestent cette interprétation³⁶.

Afin de clore ces débats, il conviendrait donc peut être de reconnaître le nouvel article 280 TCE comme fondement de la compétence communautaire en matière de sanction pénale directe³⁷.

La sanction pénale en Europe constitue par conséquent un enjeu essentiel, dont la construction de "*l'espace de liberté, de sécurité et de justice*" dépendra.

Véronique ROBERT,
doctorante allocataire de recherche
Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

²⁷ Une initiative commune récente du Royaume Uni, de la République Française et du Royaume de Suède en vue de l'adoption d'une décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires (12 septembre 2001, ST 11178/ 01 ORI) manifeste cette volonté commune d'harmonisation.

²⁸ Cf. notamment l'article 83 par 2 a du TCE et les différents règlements adoptés sur ce fondement : règlement n° 17/62, ainsi que le règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, qui fixent les éléments constitutifs des sanctions.

²⁹ Cette question est souvent envisagée vis-à-vis des particuliers. En ce qui concerne les Etats cependant, il convient de remarquer que la Communauté dispose de la faculté de condamner un Etat au paiement d'une amende, d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte, en cas de déficit public excessif ou de refus d'exécuter une décision de la CJCE. Or, cette sanction revêt selon certains auteurs les mêmes caractéristiques que la sanction pénale. En ce sens : DAVID E., Le point de vue académique, in Vers un espace judiciaire pénal européen, Institut d'études européennes, Editions de l'université de Bruxelles, 2000, p.351 et s.

³⁰ Ce principe est réaffirmé dans les arrêts du 8 juin 1976, Engel c/ Pays Bas, série A, n° 22,§82 ; 21 février 1984, Ozturk c/ All., série A, n° 73, § 53 et du 24 février 1994, Bendenoun c/ France, série A, n° 284

³¹ SIEBER U., op cité p. 25.

³² en ce sens PRADEL J. et CORSTENS G., op. cité, p.503

³³ HENNAU-HUBLET C., op. cité, p. 494 qui souligne par exemple que l'article 15 du règlement 17/ 62 fait référence à la négligence ou à la notion de propos délibérée, caractérisant l'élément moral du droit pénal

³⁴ LABAYLE H., op. cité, p. 44

³⁵ COLETTE-BASECQZ N., Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales : l'application du principe non bis in idem, in La justice pénale et l'Europe, sous la direction de TULKENS F. et BOSLY HD, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 463 et s.

³⁶ Ainsi LABAYLE H., op. cité qui souligne à propos de l'ex-article 209 A par 2 que "*quand il est fait mention de "mesures", l'imprécision du terme permet d'avancer en réponse que c'est uniquement de coopération administrative qu'il est question dans l'esprit de certains Etats*".

³⁷ cf. les réflexions contenues dans le corpus juris, op. cité.

L'ASSISTANCE PRÊTÉE PAR LA SUISSE DANS LA LUTTE ANTI-BLANCHIMENT : UN APERÇU DÈS L'UNION EUROPÉENNE

1. Introduction

Tout en ayant, pour le moment, une efficacité limitée, la lutte contre le blanchiment des produits du crime est devenue un des aspects les plus importants de la lutte contre la criminalité organisée (trafic de drogues, d'armes, réseaux de prostitution et de traite de personnes...), la grande délinquance économique (escroqueries, fraude financière, grande évasion fiscale, délits d'initiés, faillites frauduleuses...) et la corruption¹. En effet, le besoin de donner à ces revenus une apparence de légalité pour pouvoir en profiter en toute impunité peut quelquefois se révéler le point faible de ces activités si productives.

Tous ces phénomènes bénéficient, pour la plupart, de la fragmentation frontalière des compétences étatiques et de la croissante mondialisation des circuits économiques et financiers, raison par laquelle seule une action coordonnée au niveau international peut s'avérer efficace.

Cette coopération devient fondamentale par rapport aux États que, par les particularités de leurs systèmes économique et financier, et juridique constituent le lieu de passage et de "nettoyage" préféré de ces fonds d'origine criminelle.

Un de ces États, et une place financière de premier ordre mondial, est la Suisse. Outre le nombre et la qualité de ses organismes bancaires et, en général, financiers,

et sa stabilité économique et politique, certaines signes distinctifs tels que le secret bancaire, la faible ou nulle fiscalité des revenus des étrangers -même des résidents-, la faible criminalisation de la délinquance économique, un système financier fondé sur l'autorégulation et partiellement non régulé, les réticences pour une pleine coopération avec les tribunaux étrangers... ont fait de ce pays une des destinations et des points de transit favoris des circuits internationaux du blanchiment.

Ayant entamée une libéralisation très poussée de leurs relations mutuelles², l'Union européenne accorde une très grande importance à la coopération avec son voisin helvétique dans la lutte contre le blanchiment.

2. Le cadre juridique de la coopération entre les États membres de l'Union européenne et la Suisse pour lutter contre le blanchiment : ses faiblesses

L'Union européenne et ses États membres participent activement aux initiatives internationales et européennes mises en place depuis les années quatre-vingt pour lutter contre le blanchiment³, et ils sont, à leur tour, une enceinte pour l'établissement de mécanismes plus perfectionnés dans ce combat⁴.

¹ Un aperçu de ces phénomènes et de leurs liens avec l'économie légale à Paolo BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Città del Sole, Naples, 1995.

² Notamment, la libéralisation des échanges à travers l'Accord de 1972 et ses Protocoles. En 1999, sept accords bilatéraux ont été célébrés dans les domaines de la circulation des personnes, le transport aérien, le transport terrestre, l'agriculture, les obstacles techniques au commerce, les marchés publics et la recherche. Des négociations sur d'autres domaines sont à présent en cours.

³ Une vue d'ensemble de ces initiatives peut être obtenue en consultant les sites Internet des organismes les plus actifs dans la matière, tels que Nations Unies (particulièrement, il est à voir le site de l'Office des NU pour le contrôle des drogues et pour la prévention du crime, <http://www.odccp.org/>, et celui du Réseau International d'Information sur le Blanchiment de l'Argent, IMoLIN, <https://www.imolin.org/index.html>), l'Interpol (<http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/FOPAC/default.asp>), l'OCDE et le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux GAFI, <http://www.oecd.org/fatf/>) et le Conseil de l'Europe (<http://www.legal.coe.int/economiccrime/>).

⁴ Il faut notamment mentionner la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JO L 166, du 10 juin 1991, p. 77-82), dont la procédure pour la révision bien d'être finalisée (adoptée par le Parlement européen le 13 novembre 2001, et par le Conseil, le 19 novembre 2001). Dans le cadre du " troisième pilier " on peut citer le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 19 juin 1997 (JO C 221, du 19 juillet 1997, p. 12-22) ; l'action commune du 3 décembre 1998 et la décision-cadre du 26 juin 2001, concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JO L 333, du 9 décembre 1998, p. 1-3, et L 182, du 5 juillet 2001, p. 1-2, respectivement) ; le protocole relatif au champ d'application du blanchiment de revenus dans la convention sur l'emploi de

La Suisse, elle aussi, fait partie de certains de ces organismes de coopération. Il faut notamment souligner sa participation au GAFI, le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, constitué en 1989 et dont vingt-neuf pays et deux organisations internationales sont à présent des membres ⁵.

Outre les enceintes de coopération entre les polices nationales, les organismes de surveillance du système bancaire ⁶, les cellules de renseignements financiers ⁷, les administrations de douanes et fiscales... le cadre juridique commun de la coopération en matière de lutte contre le blanchiment entre les États membres de l'Union européenne et la Suisse repose principalement sur les mécanismes classiques de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Ce cadre juridique est notamment constitué par les traités suivants, conclus au sein du Conseil de l'Europe :

- les instruments spécifiques pour la lutte contre le blanchiment en général, notamment la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime ⁸;
- les conventions en matière d'assistance judiciaire internationale, c'est à dire, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 ⁹ et la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

Du point de vue de l'Union européenne, l'application de ces mécanismes présente néanmoins des faiblesses face aux besoins d'une coopération adéquate pour lutter contre le blanchiment des produits du crime, y compris, en particulier, le blanchiment du produit des activités délictuelles en préjudice des intérêts financiers des Communautés européennes. On va retenir ici seulement

l'informatique dans le domaine des douanes et à l'inclusion du numéro d'immatriculation du moyen de transport dans la convention, du 12 mars 1999 (JO C 91, du 31 mars 1999, p. 1-7) ; la décision du Conseil du 17 octobre 2000 relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des États membres en ce qui concerne l'échange d'informations (JO L 271, du 24 octobre 2000, p. 4-6) ; le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, du 16 octobre 2001 (JO C 326, du 21 novembre 2001, p. 1-5), qui prévoit des dispositions spécifiques pour la transmission de renseignements bancaires.

Le 30 novembre 2000 le Conseil a adopté l'acte étendant la compétence d'Europol à la lutte contre le blanchiment indépendamment de l'infraction à l'origine des produits blanchis (Protocole établi sur la base de l'article 43, paragraphe 1, de la convention portant création d'un Office européen de police (convention Europol) et modifiant l'article 2 et l'annexe de la dite convention (JO C 358, du 13 décembre 2000, p. 1-7)).

Un bilan actualisé des initiatives en préparation dans ce domaine peut être trouvé dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen "Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace 'de liberté, de sécurité et de justice' dans l'Union européenne (2nd semestre 2001)", du 30 octobre 2001, COM(2001) 628 final.

⁵ Les " quarante recommandations " du GAFI constituent le document de référence à niveau international dans cette matière. Elles constituent des principes d'action simples devant être suivis par chaque pays et qui embrassent tous les aspects de la lutte contre le blanchiment: ceux concernant le fonctionnement des systèmes financiers (parmi lesquels il faut souligner ceux visant à l'identification des clients et des ayants droit économiques –recommandations num. 10 et 11– ; la conservation des documents –recommandation num. 12– ; l'obligation de communication du soupçon –recommandations num. 14 à 18, recommandation num. 21– ; la formation et les contrôles internes –recommandation num. 19, recommandations num. 26 et 28–); ceux relatifs aux systèmes juridiques nationaux, et spécialement aux systèmes pénaux et de procédure pénale (l'incrimination du blanchiment de fonds se rapportant aux infractions graves –recommandations 4 et 5– ; la responsabilité pénale des personnes juridiques –recommandation 6– ; les mesures provisoires, la confiscation et les sanctions tant pénales que civiles –recommandation 7–...); la coopération internationale et notamment l'assistance judiciaire internationale (recommandations 30 à 31 concernant l'échange d'informations; la possibilité de mesures de contrainte et du gel, la saisie et la confiscation des avoirs dans le cadre de l'entraide judiciaire –recommandations 37 et 38– ; l'extradition –recommandation 40–...). Le GAFI a institué des exercices d'évaluation du respect de ces prescriptions (voir à ce sujet son dernier Rapport annuel 2000-2001, du 22 juin 2001, et ses annexes).

⁶ Parmi lesquelles, notamment, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

⁷ En particulier, le Groupe Egmont (voir un aperçu sur cette enceinte à l'adresse http://www1.oecd.org/fatf/pdf/EGinfo-web_fr.pdf).

⁸ La Suisse n'a pas encore ratifié la Convention des NU contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes, du 20 décembre 1988. Il faut aussi mentionner que le Luxembourg vient tout justement de ratifier la Convention relative au blanchiment, le 12 septembre 2001.

La Convention des NU contre la criminalité transnationale organisée, du 15 novembre 2000, n'est pas encore en vigueur (en fait, au 15 juin 2001 elle n'avait été ratifiée que par un État).

⁹ Il faut citer aussi les accords qui sont intervenus sur un plan bilatéral entre la Suisse et certains des États membres de l'Union européenne visant à compléter la Convention européenne et à faciliter son application : l'accord avec l'Allemagne, du 13 novembre 1969 ; l'accord avec l'Autriche, du 13 juin 1972 ; l'accord avec la France, du 28 octobre 1996 ; accord avec l'Italie, du 10 septembre 1998.

les éléments qui peuvent avoir des implications en matière d'assistance judiciaire internationale ¹⁰.

a) Le concept de blanchiment en Suisse ¹¹

La Convention sur le blanchiment de 8 novembre 1990 oblige les États parties à incriminer dans leur droit pénal interne les actes de blanchiment, c'est à dire, les actes visant à la dissimulation ou le déguisement de la provenance illicite d'un bien ¹². Le délit précurseur ou principal ne doit pas nécessairement constituer une infraction liée au trafic de stupéfiants.

La Convention laissait nonobstant une marge de flexibilité aux États contractants, car elle permettait l'introduction d'une réserve limitant l'applicabilité de cet article 6 aux conduites se rapportant à des infractions principales ou à des catégories d'infractions principales déterminées.

Suite à ses obligations internationales, la Suisse a puni le blanchiment, en introduisant un nouvel article 305 bis

dans le Code pénal, parmi les crimes ou délits contre l'administration de la justice, dont la rédaction actuelle a été établie par la loi du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier ¹³.

Cet article puni "celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime" ¹⁴.

L'article 305 bis du Code pénal suisse se fonde donc sur la réserve consignée par la Suisse selon laquelle "l'article 6, paragraphe 1, de la Convention ne s'applique que lorsque l'infraction principale est qualifiée de crime selon le droit suisse" ¹⁵.

Les retombées pratiques d'une telle limite dépendent de la largeur avec laquelle la notion de crime est définie dans chaque ordre juridique et des conduites qui finalement vont y être incluses ¹⁶. Dans le cas de la Suisse, la distinction entre les "crimes" et les "délits" se fonde sur

¹⁰ Pour les autres facettes du blanchiment et de son combat, voir le numéro précédent de cette revue. Parmi la bibliographie la plus récente, voir aussi Guy STESENS, *Money Laundering*, Cambridge Univ. Press, 2000 ; Josef SISKKA, *Die Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in Österreich, Deutschland und der Schweiz*, Linde, Vienne, 1999.

¹¹ La législation suisse est facilement accessible à travers le site Internet établi par les autorités fédérales à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>.

¹² L'article 6 de cette Convention dispose à son paragraphe premier que " Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale conformément à son droit interne lorsque l'acte a été commis intentionnellement à :

a. la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait que ces biens constituent des produits [c'est à dire, " tout avantage économique tiré d'infractions pénales ", art. 1.a], dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;

b. la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits ;

et, sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique :

c. l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils constituent des produits ;

d. la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission ".

¹³ L'article 305 ter du code pénal suisse sanctionne le défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication, en disposant à son premier alinéa que " Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende ".

¹⁴ Selon le paragraphe troisième de l'article 305 bis, " le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'État où elle a été commise ". L'infraction principale devra nonobstant pouvoir être aussi qualifiée comme crime selon le droit suisse.

¹⁵ Six États de l'Union européenne ont aussi introduit des réserves encore non retirées à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, en limitant son application aux conduites qualifiées de " crimes " selon leur législation ou à une série déterminée de délits : l'Autriche, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal. D'autres réserves concernent les cas dans lesquels des mesures de confiscation seraient possibles.

¹⁶ Dans ce sens, la portée pratique des réserves introduites par les États membres de l'Union européenne est normalement plus réduite que celle de la réserve suisse, du fait qu'elles n'empêchent pas la considération comme des délits précurseurs de conduites qui ne pourraient pas donner lieu à blanchiment selon le droit suisse (par exemple l'escroquerie aux subventions, la contrebande ou, comme dans le cas de la réserve grecque, " les crimes et délits de caractère économique à l'égard de l'État " et " la manœuvre frauduleuse au préjudice des intérêts économiques des Communautés Européennes "). Il ne faut pas non plus oublier que les États membres de l'Union européenne se sont compromis à considérer comme des délits précurseurs " en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les

la gravité, pas nécessairement en termes de durée, de la peine prévue : des crimes sont "les infractions passibles de la réclusion", et des délits, celles "passibles de l'emprisonnement comme peine la plus grave" (article 9 du Code pénal suisse)¹⁷. C'est à dire, les manœuvres pour cacher la provenance des produits d'une conduite délictuelle passible d'une peine de jusqu'à trois ans d'emprisonnement ne constituent pas un délit de blanchiment.

Cela fait que des conduites telles que l'appropriation illégitime, le détournement, la falsification de marchandises ou l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels (délit d'initié), ne peuvent pas donner lieu à la commission de blanchiment punissable. Pour ce qui regarde en particulier les intérêts financiers de la Communauté et des États membres, l'escroquerie en matière de prestations et de contributions n'est pas non plus considérée comme un crime précurseur de blanchiment, mais surtout ne peuvent pas évidemment donner lieu au délit ou au crime de blanchiment les conduites qui ne constituent que des infractions purement administratives ou qui ne constituent pas des infractions du tout, comme c'est le cas de la contrebande et des autres infractions de nature fiscale.

Les très lucratives fraudes portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes ne sont donc pas, en général, susceptibles de pouvoir donner lieu à blanchiment selon le droit suisse, ce qui aura de l'importance pour la qualité de l'assistance judiciaire internationale prêtée par la Suisse du fait de son refus de l'assistance en matière fiscale et douanière et de sa stricte application des principes de la double incrimination et de la spécialité.

b) Le refus de l'assistance en matière fiscale et douanière

La Suisse, contrairement aux États membres de l'Union européenne, refuse toute assistance concernant les infractions de nature fiscale et douanière¹⁸.

En ce qui concerne le blanchiment, c'est vrai que celui-ci constitue une infraction autonome par rapport au délit précurseur, et donc en principe on pourrait considérer qu'elle n'a pas une nature fiscale ou douanière. Nonobstant, la nature fiscale ou douanière a un pouvoir *expansif* susceptible d'imprégner les autres délits y rattachés (par exemple, les délits de faux)¹⁹. Particulièrement, aucune saisie ne pourrait se produire concernant les fonds qui correspondent à des recettes fiscales non acquittées à un État tiers²⁰.

En tout cas, même en absence de cette exception, la plupart des actes d'assistance tant au titre de la Convention de 1959 que de celle relative au blanchiment sont, comme on va voir, soumis à la règle de la double incrimination. Or, les délits de nature fiscale ou douanière ne peuvent pas donner lieu à blanchiment en Suisse.

c) L'exigence de double incrimination²¹

La Convention de Strasbourg relative au blanchiment contient, à côté des dispositions matérielles visant à la punition du blanchiment et à l'identification, la recherche et la confiscation des produits ou de leur valeur à l'intérieur de chaque État parti, un chapitre IIIe dédié à la coopération internationale (articles 7 à 35), dont la finalité est de compléter les prévisions de la Convention euro-

États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois" (article 1, b de la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001). Les amendements à la Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux définissent comme de crimes graves donnant lieu à blanchiment, parmi d'autres, " la fraude, au moins la fraude grave, telle que définie à l'article 1 §1 et à l'article 2 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes " (article 1, E). Voir aussi les articles 1.a) et 2 du Deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des CE, J.O. C 221, 19 juillet 1997, p.12.

¹⁷ La réclusion peut avoir une durée entre un et vingt ans (et même à vie) ; l'emprisonnement a une durée qui peut aller jusqu'à trois ans (articles 35 et 36 du Code pénal suisse).

¹⁸ Article 2.a de la Convention de 1959 et article 18 §1, d de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. La Suisse n'a pas ratifié le Protocole additionnel à la Convention de 1959, qui supprime l'exception fiscale de celle-ci.

La loi suisse permet néanmoins une exception à ce refus d'assistance en matière fiscale, dans le cas de l'escroquerie (article 3.3 de la loi suisse sur l'entraide internationale en matière pénale (LEIMP)), mais seulement aux effets de l'entraide et non aux effets de l'extradition. Ce délit, à contours restrictifs, est défini par la jurisprudence suisse comme exigeant " des machinations spéciales, des astuces ou un complet édifice de mensonges " (arrêts du Tribunal fédéral (ATF) du 27 novembre 1985, BGE 111 Ib 242, considérants 4 et 5, et du 4 avril 1989, BGE 115 Ib 68, considérant 3). L'escroquerie fiscale ne donne pas lieu à blanchiment selon le droit suisse.

¹⁹ En vertu de la spécialité des délits fiscaux dans l'ordre juridique suisse et de l'article 6, deuxième alinéa LEIMP. Voir à ce propos l'ouvrage collectif *Le secret bancaire suisse : droit privé, pénal administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales*, Stämpfli, Berne, 1995, 3e éd., p. 231. Parmi la jurisprudence, ATF du 26 janvier 1977, BGE 103 la 218, cons. 7.

²⁰ Et ceci même s'il s'agit d'un délit pour lequel l'entraide est admissible, comme l'escroquerie fiscale (*Le secret bancaire suisse*, cit., p. 469 ; ATF du 19 novembre 1986, BGE 112 Ib 576, cons. 12 cc).

²¹ Un examen critique de ce principe peut être trouvé à STESENS, op.cit., p. 287 et suiv.

péenne sur l'entraide de 1959 pour disposer la confiscation et l'investigation et les mesures provisoires aux fins de confiscation²².

Tous ces deux instruments se caractérisent, en principe, par la non-subordination de l'assistance à l'exigence de la double punissabilité : la règle générale suppose la prestation de l'assistance aux autorités judiciaires de l'État requérant même si ces conduites pourraient ne pas constituer un délit dans la Partie requise. Néanmoins, toutes les deux conventions reconnaissent aux États parties la possibilité d'exiger cette double incrimination pour certains types de mesures d'assistance.

En ce qui concerne la Convention européenne sur l'entraide, l'article 5 permet la formulation d'une réserve concernant "la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets à une ou plusieurs des conditions suivantes", parmi lesquelles la punissabilité de l'infraction "selon la loi de la partie requérante et de la partie requise" et le fait que l'extradition soit possible par rapport à celle-là.

La faculté d'exiger la double incrimination est en principe limitée aux seules mesures de perquisition et de saisie, et ceci moyennant réserve de la Partie contractante concernée²³.

Par contre, la Convention relative au blanchiment établit, d'une façon plus large, comme motif licite de refus de l'assistance demandée le fait que "l'infraction à laquelle se rapporte la demande ne serait pas une infraction au regard du droit de la Partie requise si elle était commise sur le territoire relevant de sa juridiction. Toutefois, ce

motif de refus ne s'applique à la coopération prévue par la section 2 [entraide aux fins d'investigations]²⁴ que dans la mesure où l'entraide sollicitée implique des mesures coercitives" (article 18.1.f)²⁵.

Il faut encore rappeler que ces dispositions plus strictes en matière de double incrimination ne concernent que les mesures d'assistance que la Convention relative au blanchiment a rendue possibles par rapport à celles qui étaient déjà admises en application de la Convention de 1959 (la confiscation des instruments et des produits, l'identification et le dépistage de ceux-ci et les mesures provisoires telles que le gel ou la saisie nécessaires aux fins de confiscation, dans la mesure où elles ne constituent pas des actes d'instruction)²⁶ : pour toutes celles qui relèvent du champ d'application plus général de la Convention de 1959, ce sont ses dispositions, plus favorables à l'entraide, qui s'appliquent.

Cependant, à la différence de la plupart des autres Parties contractantes, la Suisse a élargi le domaine dans lequel elle exige aussi, pour accorder l'assistance au titre de la Convention européenne de 1959, une incrimination selon son droit interne. En vertu de sa réserve à l'article 5 de cette Convention, elle subordonne à la condition de double incrimination de son article 5.1.a " l'exécution de toute commission rogatoire exigeant l'application d'une mesure coercitive quelconque ".

Les effets de ce régime sont encore amplifiés du fait de ce que l'on entend dans l'ordre juridique suisse par mesure coercitive ou mesure de contrainte : " lors de l'exécution de la demande d'entraide, il n'est possible d'ordon-

²² Comme le Rapport explicatif à la Convention relative au blanchiment l'indique, " s'agissant de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, que son article 3, paragraphe 1, qui a trait à l'exécution des commissions rogatoires... ne s'applique pas au dépistage et à la saisie de biens en vue de leur confiscation ultérieure ".

²³ Comme il était indiqué dans le rapport qui accompagnait la Convention européenne : " L'entraide judiciaire pénale a été soumise à un certain nombre de grands principes. Ainsi, il a été décidé que cette entraide serait indépendante de l'extradition en ce sens qu'elle devrait même être accordée dans des cas où l'extradition serait refusée. Dans cet ordre d'idées, il a été convenu qu'elle devait être accordée pour les contraventions et qu'en principe la dualité d'incrimination ne serait pas requise. Toutefois, en ce qui concerne les commissions rogatoires aux fins de perquisition et saisie, les Parties pourront déroger à ces règles en vertu de l'article 5 de la convention ". " Il résulte de ce texte [l'article 3] que les commissions rogatoires devront être exécutées dans les formes prévues par la législation de la Partie requise. Aucune condition de fond n'est exigée et la règle de la dualité d'incrimination, qui constitue un des grands principes de la Convention européenne d'extradition, n'a pas été retenue pour la présente Convention en raison du fait que l'entraide ne produit pas des effets identiques à ceux de l'extradition. Toutefois, une dérogation à ce principe a été prévue au paragraphe 1er de l'article 5 en ce qui concerne les perquisitions et saisies ". Et à propos de l'article 5, cela continue en disant : " Cet article précise les conditions auxquelles peut être soumise l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition et saisie. Selon les articles 1 et 3, l'entraide judiciaire n'est soumise ni aux règles de l'extradition, ni à celles de la dualité d'incrimination. Or, le paragraphe 1er de l'article 5 permet aux Parties intéressées d'exiger l'application de ces deux règles en ce qui concerne les perquisitions et saisies... ".

²⁴ Cette entraide vise à l'identification et le dépistage des instruments, les produits et les autres biens susceptibles de confiscation et " consiste notamment en toute mesure relative à l'apport et à la mise en sûreté des éléments de preuve concernant l'existence des biens susmentionnés, leur emplacement ou leurs mouvements, leur nature, leur statut juridique ou leur valeur " (article 8).

²⁵ Pour les autres circonstances pouvant justifier le refus de l'assistance, voir le texte de cet article 18.

²⁶ La Convention de 1959 est applicable pour l'exécution des demandes d'entraide " relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaires de la partie requérante et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents " (article 3.1).

ner des perquisitions, des saisies de pièces à conviction, des citations sous peine d'exécution forcée, des auditions de témoins, ainsi que la levée de secrets protégés par la loi que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par le droit suisse " 27.

On a vu comment le délit de blanchiment en Suisse avait une portée plus restreinte que celle que l'on pouvait trouver dans d'autres États parties à la Convention de 1990.

L'exigence suisse de double incrimination va rendre impossible presque toute mesure d'assistance en cas de blanchiment des produits de la fraude et des autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

d) Le principe de spécialité 28

L'exception fiscale et douanière à la règle de la double punissabilité élargissent aussi leurs effets par la voie d'un autre principe certainement classique en matière d'assistance judiciaire internationale –et plus particulièrement, du droit de l'extradition- : la règle de la spécialité. Ce principe, selon lequel les éléments transmis lors de l'entraide ne peuvent être utilisés qu'aux fins pour lesquelles l'entraide avait été fournie, empêche les États requérants de faire usage de ces éléments par rapport aux autres infractions pour lesquelles l'entraide n'est pas susceptible

d'être accordée 29.

Ni les éléments transmis en vertu de la Convention de 1959 ni ceux-ci en vertu de la Convention relative au blanchiment ne peuvent être utilisés pour la poursuite des infractions pour lesquelles la Suisse n'accorde pas l'entraide (comme celles de nature douanière ou fiscale). En particulier, les éléments transmis au titre de l'entraide pour les infractions pour lesquelles celle-ci est possible, ne peuvent pas être utilisés pour la poursuite des faits de blanchiment du produit de ces mêmes infractions si ces faits de blanchiment n'avaient pas été susceptibles d'une telle assistance, notamment du fait de leur lien avec une infraction fiscale ou douanière 30.

e) Le secret bancaire

Le secret bancaire ne peut constituer un motif de refus de l'assistance ni sous la Convention sur l'entraide de 1959 ni sous celle relative au blanchiment de 1990 31.

L'obtention de renseignements bancaires revêt une importance fondamentale 32 par rapport à la grande délinquance économique et financière et aux délits de blanchiment, étant donné le rôle que les banques et autres organismes financiers jouent dans le placement de l'argent "sale", ses transferts successifs visant à rendre invisible son origine et à sa réintégration dans l'économie légale 33.

²⁷ *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Directives*, Office fédéral de la justice, Berne, 1998, 8e édition (réimpr. 2000), page 11. L'accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne et d'en faciliter l'application dresse à son article 10 une liste de ce que l'on entend par mesures de contrainte, laquelle inclut la fouille, la perquisition, le séquestre de moyens de preuve -y compris les instruments ayant servi à commettre l'infraction, le produit ou le résultat de l'infraction-, toute mesure nécessitant la divulgation d'un secret protégé pénalement par le droit (donc le secret bancaire), et toute autre mesure impliquant la contrainte et prévue comme telle par le droit de procédure de l'État requis.

²⁸ Une critique à la portée acquise par ce principe dans quelques États, parmi lesquels, la Suisse, STESENS, *op.cit.*, p. 341 et suiv.

²⁹ Réserve suisse du 13 décembre 1996 à l'article 2 de la Convention de 1959. Cette réserve pose des problèmes étant donné que sa portée pourrait être considérée même plus large que celle de la réserve du 20 décembre 1966 qu'elle a modifié, ce qui la rendrait invalide.

Cette règle de la spécialité s'applique encore plus fermement par rapport aux éléments transmis en vertu de la Convention relative au blanchiment, lesquels " ne peuvent être, sans consentement préalable de l'Office fédéral de la police (Offices centraux), utilisés ou transmis par les autorités de la Partie requérante à des fins d'investigation ou de procédure autres que celles précisées dans la demande " (réserve suisse à l'article 32 de la Convention).

³⁰ Par exemple, l'entraide serait accordée dans le cas d'une escroquerie fiscale, mais le juge requérant ne pourrait pas employer les éléments de preuve transmis pour juger le délit de blanchiment lié à cette escroquerie.

³¹ La Convention relative au blanchiment dispose à son article 18.7 qu' " Une Partie ne saurait invoquer le secret bancaire pour justifier son refus de toute coopération prévue au présent chapitre. Lorsque son droit interne l'exige, une Partie peut exiger qu'une demande de coopération qui impliquerait la levée du secret bancaire soit autorisée, soit par un juge, soit par une autre autorité judiciaire, y compris le ministère public, ces autorités agissant en matière d'infractions pénales ". Le secret bancaire n'est pas mentionné comme motif de refus parmi ceux inclus à l'article 2 de la Convention de 1959.

³² Celle-ci est mise en relief par la Convention relative au blanchiment, laquelle dispose à son article 4 que les Parties contractantes doivent adopter les mesures nécessaires pour habiliter leurs tribunaux ou autres autorités compétentes " à ordonner la communication ou la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux ", de même que les mesures nécessaires pour l'identification et la recherche des produits et la réunion de preuves, parmi lesquelles " les ordonnances de surveillance de comptes bancaires, l'observation, l'interception de télécommunications, l'accès à des systèmes informatiques et les ordonnances de production de documents déterminés ".

³³ Un aperçu du rôle des centres financiers dans le cycle du blanchiment peut être vu au bulletin d'information de l'ODCCP, *Paradis financiers, secret bancaire et blanchiment d'argent*, New York, 1999 ; BERNASCONI, *Nuovi strumenti...*, cit.

Cependant, cette véritable institution du droit suisse³⁴ peut entraîner des obstacles sérieux à une coopération internationale efficace.

D'un côté, l'obtention de renseignements bancaires est considérée comme une mesure de contrainte, pour accorder laquelle, dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale, une double incrimination des faits motivant la demande d'entraide est requise.

Dans les cas -forcement très réduits en ce qui concerne, par exemple, les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne et au blanchiment du produit de ces infractions- où l'obtention et la transmission de renseignements bancaires serait possible, celles-ci heurtent d'autres obstacles qui rendent difficile ou même inutile l'assistance.

Un de ces obstacles est lié aux exigences de détermination des comptes visées. Très souvent, du fait de la complexité des affaires de blanchiment et de l'existence de plusieurs personnes tant physiques que morales -très souvent fictives- interposées, le juge requérant ne peut pas identifier avec précision les banques et les comptes concrets qu'il recherche. Dans ces cas-ci, surtout dans les cas graves, une recherche générale des comptes dont la personne enquêtée est titulaire ou ayant droit économique pourrait s'avérer le seul moyen pour suivre la trace et pour identifier les fonds cachés³⁵.

Pourtant, la Suisse refuse l'entraide pour ce que l'on appelle la "recherche indéterminée de moyens de preuve" ("*fishing expedition*"). Ce motif, en principe conforme à la pratique internationale, est loin d'être réaliste si l'on veut vraiment faire face aux exercices d'ingénierie financière organisés par la grande criminalité. Il est d'autant plus pernicieux du fait de la quantité de banques existantes en Suisse et du rôle indéniable de la place financière suisse dans les circuits internationaux du blanchiment.

Des problèmes se posent aussi concernant le manque de confidentialité dans l'adoption des mesures d'entraide, du fait que même si l'article 33 de la Convention relative au blanchiment oblige la Partie requise à garantir la confidentialité, cette disposition n'implique pas nécessairement que la banque se voit empêcher, comme elle en est en principe obligée contractuellement, de communiquer à son client les mesures entreprises.

Même si des mesures provisoires de gel et de saisie sont prises, ceci n'empêche pas les fuites rapides des fonds à partir des comptes inconnus des autorités par rapport auxquelles aucune mesure provisoire n'a encore été adoptée.

D'autres problèmes peuvent apparaître du fait des délais dans la procédure d'assistance tant au titre de la Convention de 1959 qu'au titre de la Convention relative au blanchiment. Cela suffit de rappeler que, en application de l'article 80I LEIMP, "le recours contre la décision de clôture ou toute autre décision autorisant, soit la transmission à l'étranger de renseignements concernant le domaine secret, soit le transfert d'objets ou de valeurs, a un effet suspensif". Ce problème est encore intensifié du fait que la banque qui détient les renseignements demandés est légitimée pour faire recours contre la décision judiciaire.

Tout cet ensemble d'éléments fait que même si l'assistance est finalement fournie, celle-ci est souvent inutile, du fait que lorsque les mesures de gel ou de confiscation ont été adoptées les fonds se trouvent déjà loin de la portée des autorités judiciaires.

f) L'extradition

Comme la plupart des États européens, la Suisse n'accorde pas l'extradition que si les conditions d'incrimination de l'article 2 de la Convention européenne d'extradition sont remplies. De même, la personne livrée ne peut pas être poursuivie pour des faits autres que ceux ayant motivé l'extradition (art. 14).

Ces règles classiques dans le domaine de l'extradition ont même une portée plus large que dans d'autres États du fait de la non-punissabilité ou la faible punissabilité en Suisse de certaines conduites contraires à la législation économique et fiscale qui constituent des délits dans ces autres États (la grande évasion fiscale, la contrebande...) et de son approche stricte en matière de blanchiment. D'ailleurs, la Suisse n'a pas accepté le titre II du deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, qui élimine l'exception de l'incrimination fiscale et douanière des motifs de refus de l'extradition : comme j'ai déjà indiqué, l'extradition n'est même pas possible en cas d'escroquerie fiscale.

³⁴ Voir en particulier l'ouvrage cité *Le secret bancaire suisse*. Il ne s'agit pas ici de faire une analyse complète du secret bancaire suisse. Les obligations des banques et des autres institutions financières en matière de blanchiment ont été spécifiées par la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, mais elles reposent aussi dans une grande mesure sur l'autorégulation.

³⁵ Le Conseil de l'Union européenne vise à répondre à cette exigence de la pratique à travers le nouveau protocole à la Convention de l'année 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, adopté le 16 octobre 2001, JO C 326, du 21 novembre 2001, pages 1 et suiv.

3. Les perspectives pour l'avenir

L'état de la coopération accordée par la Suisse pour lutter contre le blanchiment de capitaux ne peut plus être dissocié des liens politiques, commerciaux et économiques, sociaux et culturels de cet État placé au cœur géographique de l'Union européenne. La Suisse représente sans doute une plaque tournante dans les circuits internationaux de blanchiment. Dans un monde dans lequel les organisations criminelles ont un poids et des ressources bien plus grands que certains États et qu'elles étendent leurs tentacules dans tous les domaines de l'économie et des finances et même de la politique, tout État doit faire preuve de solidarité avec les représentants de la justice de leurs partenaires. Il ne s'agit pas de renoncer à sa souveraineté mais de ne pas porter atteinte à celle des voisins en permettant que le système financier et juridique propres servent de refuge et d'instrument pour que des individus sans scrupules enfreignent la législation à laquelle ils sont assujettis.

La croissante libéralisation dans la prestation des services financiers devrait mener à une mise à niveau des mécanismes suisses de lutte contre le blanchiment dans le secteur financier à hauteur des standards de la directive récemment adoptée par le Parlement européen et par le Conseil modifiant la directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

* Les vues exprimées n'engagent que leur auteur et ne peuvent en aucun cas être comprises comme une position officielle de la Commission européenne.

Le caractère fiscal ou douanier de l'infraction ne devrait pas être un motif de refus de l'assistance, et la double incrimination devrait avoir un champ plus restreint d'application. En matière de blanchiment, une double incrimination du délit précurseur devrait suffire ou au moins, elle devrait permettre un allègement dans l'application de la règle de la spécialité.

Une coopération entre le Bureau de communication suisse et les cellules de renseignement financier des États membres pour l'échange de renseignements pourrait être établie sur base de modalités semblables à celles de la décision du Conseil du 17 octobre 2000.

Mais surtout, la Suisse devrait faire preuve d'une plus grande sensibilité face aux fraudes importantes au budget communautaire organisées à partir son territoire ou dont les fonds transitent par son système financier.

Les nouvelles négociations entre l'Union européenne et la Suisse pour la conclusion d'un accord en matière d'assistance administrative et judiciaire pour la protection de leurs intérêts financiers respectifs devraient en donner l'occasion.

Ana Isabel SÀNCHEZ RUIZ*
Administrateur à l'unité législation et affaires
juridiques de l'Office européen de lutte anti-fraude
(OLAF) – Commission européenne

LE PRINCIPE NON BIS IN IDEM DANS UN ESPACE DE LIBERTE, DE SECURITE ET DE JUSTICE

D'élémentaires considérations d'humanisme répugnent à ce qu'un individu puisse être jugé deux fois pour le même fait. Cette règle, qui se résume dans la formule latine " *non bis in idem* ", constitue ainsi l'un des principes essentiels d'une politique criminelle respectueuse des droits et libertés fondamentaux.

L'évidence de ce principe se mesure à la pluralité de ses points de pénétration en droit positif. Si le réseau pénal constitue le lieu privilégié de l'épanouissement de la notion, ce principe apparaît également dans d'autres réseaux de sanction, qu'il s'agisse de sanctions administratives ou encore disciplinaires. De même, si le champ d'application du principe *non bis in idem* est immense, il s'agrandit encore lorsque l'on envisage une application interdisciplinaire et internationale de la notion.

Cette proposition revient à faire une distinction entre l'application du principe *non bis in idem* dans l'ordre interne des États membres de l'Union (I.) et dans l'ordre communautaire (II.).

I.- Le principe non bis in idem dans l'ordre juridique interne des États membres

Le principe *non bis in idem* est affirmé avec une force particulière par divers instruments européens et internationaux (A.). Pour autant, cette affirmation ne suffit pas à lever toutes les difficultés liées à l'application de la règle à la matière pénale telle qu'elle est définie par la Cour européenne des droits de l'homme (B.).

A.- La force de l'affirmation du principe *non bis in idem* dans le droit pénal des Etats membres

Le principe *non bis in idem* est affirmé en droit international et en droit européen. Si l'article 14§7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dispose que "nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de chaque pays", il faut se référer au Protocole n°7 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour retrouver semblable disposition en droit européen.

Au terme de l'article 4, "Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat". Ce droit est affirmé avec une force particulière puisqu'il est ajouté "qu'aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention" ce qui lui confère une protection absolue assez rare dans le fonctionnement du système institué par la Convention. Le principe *non bis in idem* se trouve ainsi placé dans une catégorie qui regroupe le droit à la vie (article 2 de la Convention), le droit à ne pas être torturé et à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (article 3), le droit de ne pas être placé en esclavage et en servitude et à ne pas être astreint au travail forcé (article 4) et enfin le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7). Toutefois, cette affirmation ne suffit pas à lever les difficultés posées par la volonté d'étendre l'application du principe *non bis in idem* à la matière pénale dans son ensemble.

B.- Les difficultés d'application du principe *non bis in idem* en "matière pénale"

En effet, il est maintenant bien connu qu'au moyen d'une appréciation autonome des termes de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a défini le concept juridique de "matière pénale" d'une façon qui dépasse largement la notion de droit pénal telle qu'elle est entendue par les Etats parties. Ainsi, la sanction pénale au sens de la Cour englobera éventuellement des sanctions qualifiées d'administratives ou de disciplinaires en droit interne (voir notamment l'arrêt Engel c/ Pays-Bas du 8 juin 1976, série A, n°22).

Une telle acceptation de la notion de matière pénale pose alors la question d'une application transversale du principe *non bis in idem*. Si dans un premier temps, l'arrêt Gradinger rendu par la Cour contre l'Autriche, le 23 octobre 1995 (série A, n°328-C) sur le fondement de l'ar-

ticle 4 du Protocole additionnel n°7 a pu être interprété comme donnant une telle valeur transversale à la règle, c'est la solution négative qui domine aujourd'hui. Dès l'arrêt Oliviera rendu contre la Suisse, le 30 juillet 1998, la Cour a indiqué expressément que "l'article 4 du Protocole n°7 ne s'oppose pas à ce que des juridictions distinctes connaissent des infractions distinctes, fussent-elles les éléments d'un même fait pénal" et ce revirement a été confirmé par la décision d'irrecevabilité rendue dans les affaires Ponsetti et Chesnel, le 14 septembre 1999.

Cette solution trouvera une justification, d'un point de vue de politique criminelle, dans le fait que les différents réseaux de contrôle social remplissent des objectifs différents allant de la punition en ce qui concerne le réseau pénal à la régulation en ce qui concerne le réseau administratif. Cependant, on peut douter de la pertinence de cette explication tant la distinction des fonctions propres à chaque réseau s'estompe. Ainsi, la confusion fonctionnelle qui se manifeste notamment entre le réseau pénal et administratif suggère un infléchissement de la jurisprudence de la Cour vers l'application interdisciplinaire et transversale du principe *non bis in idem*. Semblable difficulté se manifeste encore lorsque l'on quitte le stricte espace interne et que l'on s'interroge sur l'application internationale du principe.

II.- Le principe *non bis in idem* dans l'ordre juridique communautaire

Le Conseil européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 a affirmé avec force sa volonté de construire à l'échelle de l'Union un espace "de liberté, de sécurité et de justice". Cet objectif passe par l'affirmation du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires qui doit constituer, selon les termes mêmes des Conclusions de la présidence du Conseil, "la pierre angulaire" de la coopération judiciaire en matière pénale comme en matière civile.

Sans aucun doute, le principe *non bis in idem* constitue l'un des démembrements du principe de reconnaissance mutuelle. Si ce principe suggère d'abord que soient prises en compte négativement, par l'ensemble des Etats membres, les décisions pénales définitives prononcées antérieurement par le juge d'un autre Etat membre (B.), il implique aussi une semblable reconnaissance entre les Etats membres et les organes de l'Union (A.). Cette double reconnaissance sera en effet la condition de la construction et de la reconnaissance d'un véritable espace commun de liberté, de sécurité et de justice annoncé par le Traité d'Amsterdam et suggérant la conception d'un principe de territorialité européenne.

A.- La nécessaire reconnaissance du principe *non bis in idem* dans les relations entre les organes de l'Union européenne et les Etats membres

Depuis les arrêts Gutmann *c/* Commission du 5 mai 1966 et du 15 mars 1967 (Rec. p. 149 et Rec. p. 75), la Cour de justice des communautés européennes applique le principe *non bis in idem* en tant que principe général de droit communautaire. Cependant, l'affirmation de ce principe ne dit pas s'il doit être appliqué dans les relations entre l'Union et les Etats membres.

En effet, la relation entre l'ordre communautaire et les ordres juridiques internes des Etats membres est en principe déterminée par le principe de la primauté du droit communautaire (voir notamment l'arrêt C.J.C.E., Costa *c/* Enel, 15 juillet 1964 Rec., p. 1141) ; mais cette solution laisse entier le problème du cumul des sanctions lorsque les dispositions de droit interne sont compatibles avec les règles de droit communautaire et prévoient des sanctions complémentaires, ce qui revient à infliger à l'individu une sanction communautaire et une sanction interne à raison des mêmes faits.

La question a été tranchée dans l'arrêt Boehringer *c/* Commission rendu le 14 décembre 1972 (Rec., p. 1281), puisque la Cour y a affirmé le principe de la possibilité d'une application cumulative des sanctions communautaires et des sanctions internes. Néanmoins, cette affirmation fut assortie de réserve puisque le cumul des sanctions ne doit pas porter "préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celle-ci" et que d'autre part, "une exigence générale d'équité (...) implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive pour la détermination d'une éventuelle sanction".

B.- Vers l'application du principe *non bis in idem* dans les relations entre les Etats membres

Certaines conventions internationales admettent ponctuellement le jeu de la règle *non bis in idem* de façon internationale, notamment sein de l'Union européenne. Si de nombreux auteurs se sont fondés sur l'article 14§7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 pour étendre le champ d'application du principe *non bis in idem*, cette lecture a été écartée par le Comité des droits de l'homme lorsque celui-ci a affirmé que ce texte n'interdisait les doubles condamnations pour un même fait que dans le cas de personnes jugées dans un Etat donné (Recommandation du 2 novembre 1987, AP *c/* Italie, inédite). La situation n'est pas davantage satisfaisante au sein de l'Union européenne en l'état du droit positif, même si l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme dorénavant

que "nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi", mais dont on ignore les contours de la portée juridique.

De façon plus précise, la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 conclue entre les Etats membres des Communautés européennes et "relative à l'application du principe *non bis in idem*" énonce de manière très large "qu'une personne définitivement jugée dans un Etat membre ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat membre" (article 1er). Toutefois, l'article 2 autorise un Etat à déclarer qu'il n'est pas lié par l'article 1er "quand les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu... sur son territoire". Ces dispositions ont été reprises par la Convention de Schengen du 19 juin 1990 à ses articles 54 et suivants.

Il est probable que cet état du droit évolue dans la mesure où un plan d'action sur la reconnaissance des décisions pénales a été adopté par les ministres de la Justice et des Affaires intérieures des Etats membres de l'Union lors du Conseil Justice et Affaires intérieures de la présidence française du 1er décembre 2000. Ce texte fait suite à la demande formulée lors du Conseil européen de Tampere tendant à l'élaboration d'un programme de mesures destinées à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle et dispose notamment du principe *non bis in idem*. Ainsi, le texte se fixe comme objectif de renforcer la sécurité juridique dans l'Union en assurant que la décision pénale définitive rendue dans un Etat membre ne sera pas remise en question dans un autre Etat membre. Constatant que cet objectif a partiellement été réalisé aux articles 54 et 57 de la Convention d'application des accords de Schengen, le programme considère que les possibilités de réserves prévues à l'article 55 de cette convention devraient être réexaminées, en particulier celle autorisant un Etat à déclarer qu'il n'est pas lié par le principe *non bis in idem* lorsque "les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu... en partie sur son territoire..." .

Notons enfin que le principe *non bis in idem* a été affirmé dans sa dimension européenne à l'article 23 du Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, projet rédigé par un collège d'experts européens placés sous la direction de Mireille Delmas-Marty consistant notamment en une tentative d'harmonisation des règles de droit pénal matériel des Etats membres en matière de protection des intérêts financiers de l'Union, ainsi qu'en la création d'un ministère public européen.

Lionel ASCENSI
Allocataire de recherche à l'Université
Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

VERS LA FUSION DES AUTORITÉS DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE EN FRANCE

16

Tout en voulant promouvoir l'idée d'un rapprochement avec les citoyens, l'Union européenne entend également développer la compétitivité des bourses européennes. Le projet français de fusion des autorités de régulation répond à ces ambitions puisque la nouvelle autorité sera un partenaire unique par rapport à ses homologues européens permettant ainsi de développer plus facilement des stratégies économiques communes.

"Pour conserver leur autorité", les autorités de contrôle "ne doivent cependant pas être multipliées à l'excès"¹. Or, l'examen de l'évolution du droit positif français atteste d'une multiplication des autorités administratives indépendantes qui seraient victimes de leur succès². C'est pourtant dans une voie contraire que s'oriente aujourd'hui la régulation en matière économique.

La fusion des autorités de régulation économiques a été annoncée par le Ministre en juillet 2000 avant d'être, récemment, reprise par le Sénat.

Ainsi, à l'occasion de l'examen du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques le Sénat a adopté, le 17 octobre 2000, des dispositions prévoyant de simplifier le schéma adopté en la matière en suivant les propositions de sa Commission des Finances. Ces dispositions prévoient la fusion des autorités de régulation en matière économique³ au profit d'une Autorité de régulation des marchés financiers remplaçant la Commission des opérations de bourse, le Conseil des marchés financiers, le Comité consultatif de la gestion financière et le Conseil de discipline de la gestion financière. Toutes ces entités aux pouvoirs et aux statuts différents seraient donc fusionnées au profit d'une autorité de régulation unique reprenant chacune de leurs prérogatives.

L'examen du droit français fait apparaître une réglementation quelque peu hétérogène. En effet, une partie de la doctrine met en évidence l'évolution des pratiques au regard de textes qui, même s'ils sont relativement récents, sont, aujourd'hui, quelque peu dépassés⁴. Ainsi, les pratiques du marché se sont modifiées ce qui a parfois entraîné un empiètement des compétences entre les différentes autorités compétentes. En outre, les difficultés pour les autorités de régulation, dans le cadre de leur

pouvoir sanctionneur, pour respecter les règles relatives aux garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits et à la règle *non bis in idem* n'ont pu être que partiellement corrigées par l'évolution des textes et de la jurisprudence.

Si l'intérêt principal de la réforme semble être la simplification du droit positif et le renforcement de l'autorité compétente, il apparaît que la fusion permet également de tenir compte de l'évolution des autorités de régulation qui sont aujourd'hui confrontées à des problèmes similaires dans un contexte de concurrence internationale.

1) Des autorités de contrôle diverses soumises à des problèmes similaires

La création et le développement des autorités de régulation répond à la volonté de lutter efficacement contre certains pratiques. Mais, il est rapidement apparu qu'il était nécessaire d'entourer de garanties le pouvoir de sanction édicté afin de renforcer les droits des personnes impliquées et la légitimité des autorités de régulation.

A) Des pouvoirs étendus à des fins d'efficacité

La composition et les pouvoirs des autorités de régulation sont variables. Toutefois, les régimes juridiques adoptés tendent tous à une quête d'efficacité. Ainsi, à un pouvoir réglementaire s'ajoute un pouvoir de sanction qui prend la forme d'une action disciplinaire.

La Commission des opérations de bourse a été instituée par l'ordonnance du 28 septembre 1967 pour exercer une tutelle sur les bourses de valeur. Elle remplace le Comité des bourses de valeur. L'ordonnance a été modifiée à plusieurs reprises et notamment par la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier qui a renforcé le statut et les pouvoirs de la Commission ainsi que par la loi du 2 juillet 1996 qui a confirmé son rôle central dans le contrôle des marchés financiers et la loi du 25 juin 1999. La Commission des opérations de bourse exécute sa mission en adoptant des règlements. Elle dispose de pouvoirs d'enquête considé-

¹ BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, 5ème édition revue et mise à jour, Paris, Presses de sciences Po et Dalloz, 1999, p. 77.

² Voir par exemple, la loi du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.

³ Articles 17 bis à quater du projet.

⁴ Ducouloux-Favard (C.), note sous Cass. com., 1er décembre 1998, *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, p. 8.

rables. En outre, la loi du 2 août 1989 lui reconnaît un pouvoir de sanction et d'injonction important. La loi est complétée par des textes réglementaires et, notamment, le décret du 1er août 2000 modifiant les dispositions du décret n°90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse.

L'action de la COB se déroule en collaboration avec les autres institutions chargées du contrôle du marché financier, c'est à dire, le Conseil des bourses de valeur, le conseil du marché à terme et le conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeur mobilière. La pratique atteste qu'entre ces institutions s'est instauré un système d'échanges des informations collectées⁵. De plus, la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers ont établi des principes généraux relatifs aux warrants et aux obligations complexes⁶. Mais certaines compétences empiètent sur d'autres. En outre, des échanges d'information ont lieu avec des institutions étrangères⁷, lorsque la jurisprudence étrangère lui reconnaît cette possibilité. Il existe, en outre, des accords de coopération, notamment dans le cadre des institutions européennes. La COB est une autorité administrative indépendante⁸.

D'autres autorités n'ont pas ce statut et dépendent de l'Administration. Ainsi en est-il du Conseil des bourses de valeur chargé d'élaborer le règlement général des bourses de valeur, homologué par le ministre chargé de l'économie après avis de la COVB et de la Banque de France. Il exerce un pouvoir disciplinaire sur les sociétés de bourse et sur les personnes placées sous l'autorité ou agissant pour le compte de ces sociétés⁹ et peut, à ce titre, infliger des sanctions pécuniaires proportionnées au montant du profit réalisé.

Le Conseil des marchés financiers reprend les compétences du Conseil des Bourses de valeur et du Conseil du marché à terme. Il ne s'agit que d'une autorité professionnelle et non une autorité administrative indépendan-

te. Elle dispose d'une formation disciplinaire¹⁰. Il est chargé d'élaborer un règlement général applicable pour tous les marchés, concernant les prestataires de service d'investissement, les entreprises de marché et les Chambres de compensation ainsi que des règles spécifiques aux marchés réglementés¹¹. Le juge judiciaire connaît des recours formés contre ses décisions.

Ce pouvoir de sanction est reconnu au profit de la plupart des autorités concernées. Or, la Cour de cassation, en considérant que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était applicable aux autorités de régulation lorsqu'elles prononcent des sanctions a rendu nécessaire la limitation de ce pouvoir.

B) Des pouvoirs limités à des fins de légitimité

Ainsi, la quête d'efficacité qui gouverne la réglementation applicable aux autorités de régulation pose des problèmes au regard des principes fondamentaux dont le respect est assuré par les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme¹².

Les décisions du Conseil constitutionnel en la matière sont nombreuses. Elles posent le problème du pouvoir de sanction octroyé à la COB. D'une part, il est nécessaire de respecter le principe de légalité. Ainsi, à l'occasion du recours formé contre la loi de 1989, le Conseil a affirmé que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif au principe de légalité des délits et des peines était applicable "à toute sanction ayant le caractère d'une punition"¹³. Toutefois, en matière administrative, le Conseil reconnaît à l'autorité concernée la possibilité d'adopter des règlements spécifiques adoptés dans le cadre fixé par la loi. Il en est résulté que le législateur a du modifier le texte. D'autre part, la sanction prononcée doit être proportionnée. Ainsi, le Conseil a affirmé que la règle non bis in idem devait s'appliquer¹⁴. Si la règle est également affirmée par l'article 4 du Protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la France a sur ce point émis quelques réserves¹⁵.

⁵ Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, Tome 2, 15ème édition, LGDJ, 1996 n°1856.

⁶ *Bull. COB*, n°329, nov. 1998.

⁷ Ainsi, la COB a qualité pour former une demande d'entraide auprès de la police suisse, Trib. fédéral suisse, 3 déc. 1992, *Bull. COB*, oct. 1995, 39.

⁸ CE, 5 nov. 1993, COB. La qualité d'autorité administrative indépendante a été confirmée par la loi du 2 juillet 1996.

⁹ Articles 8 et 9 de la loi de 1988.

¹⁰ Article 29 de l'Ordonnance du 28 septembre 1967.

¹¹ Article 32.

¹² Voir, notamment, Ducouloux-Favard (C.), " La commission des opérations de bourse et les droits de l'homme ", *Petites Affiches*, n°29, 10 février 1999, p. 14.

¹³ Cons. constit., 17 janv. 1989.

¹⁴ Cons. constit., 28 juil. 1989 et 23 juil. 1996.

¹⁵ Toutefois, ce n'est pas le cas pour l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, la Cour interprète de manière très restrictive ce type de réserve.

En outre, toutes les règles prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont applicables¹⁶. La Chambre commerciale a cassé sans renvoi une décision en se fondant sur l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme car le président de la COB avait, lors d'un entretien à un quotidien, méconnu le principe de la présomption d'innocence¹⁷. Cette position a été, ensuite, confirmée quand bien même le président de la COB avait cessé ses fonctions et n'avait pas participé au délibéré¹⁸. En outre, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation approuve la décision de la Cour d'appel annulant une sanction de la COB au motif que l'un de ses membres a été chargé de procéder à une instruction sur les faits reprochés et qu'il a participé au délibéré¹⁹.

Suite à ces décisions et malgré la modification intervenue par le décret du 31 juillet 1997, du décret du 1er août 2000 et du règlement intérieur de la COB²⁰, une partie de la doctrine s'est même interrogée pour savoir si ces décisions de la Cour de cassation ne marquaient pas la fin des autorités de régulation parce qu'elles seraient considérées, dans l'exercice de leur pouvoir de sanction, comme des juridictions à part entière, alors qu'elles n'offrent pas les mêmes garanties procédurales qu'un "tribunal" au sens donné par la Cour européenne des droits de l'homme²¹. Mais, une difficulté apparaît. En effet, les décisions de certaines autorités administratives de régulation font l'objet d'un recours devant les juridictions administratives et non devant les juridictions judiciaires. Or, la position du Conseil d'Etat diffère quelque peu de celle de la Cour de cassation. La juridiction administrative considère que l'article 6 n'est applicable que pour les procédures contentieuses suivies devant les juridictions, ce qui exclue les autorités administratives, même dans l'exercice de leur pouvoir et ce, "quelque soit la nature de celles-ci"²². Il en résulte donc que si la COB doit respecter les dispositions de la Convention européenne, il en va différemment d'autres autorités de régulation, ce qui peut paraître

choquant car elles agissent dans la même sphère d'activité. La Cour européenne dans des matières similaires ne prévoit pas de telles réserves²³.

Enfin, il apparaît que la même autorité définit la norme applicable, enquête sur ses violations et prend les sanctions ce qui paraît peu conforme au principe de légalité. Mais, ces critiques n'ont qu'accessoirement inspiré le législateur.

II) Une autorité de contrôle unique répondant aux attentes du marché

L'Autorité de régulation des marchés répond à deux objectifs principaux : d'une part, la simplification du droit positif et d'autre part, le renforcement de l'autorité de contrôle des marchés financiers.

A) Une simplification souhaitable

Les insuffisances du droit positif ne sont que partiellement corrigées par le projet. L'Autorité de régulation des marchés financiers serait une personne morale de droit public composée de dix-huit membres nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois. Le projet de loi prévoit deux formations différentes chargées d'exercer les pouvoirs en matière d'opérations financières et de sanction²⁴. La formation compétente en matière d'opérations financières serait composée de huit membres et celle chargée des sanctions de six membres parmi lesquels le conseiller d'Etat et le conseiller à la Cour de cassation. Leur présence renforce le caractère juridictionnel de l'institution et contribue à en accroître l'autorité en même temps qu'elle semble répondre aux exigences du procès équitable relatives à l'indépendance. Le texte renvoie au pouvoir réglementaire et à l'institution le soin de compléter ces dispositions. En outre, le caractère peu satisfaisant au regard des libertés individuelles de la procédure de

¹⁶ Cass. com., 9 avr. 1996, Haddad-Métrologie, *Bull. COB*, 843 ; 1er déc. 1998, *JCP G*, 1999.II.10057, note Garraud ; Cass. ass. Plén., 5 fév. 1999, *JCP G*, 1999.II.10060, note Matsopoulos, D., 1999, *inf.rap.*, p. 60, *Petites Affiches*, n°29, 10 fév. 1999, p. 3, note P. M. ; Cass. com., 5 oct. 1999, D., 1999, AJ, p. 44 ; Paris, 7 mars 2000, D., 2000, AJ, p. 212, note Boizard.

¹⁷ Cass. com., 18 juin 1996, Consot-Ciments français, *Bull. civ. IV*, n°179.

¹⁸ Cass. com., 1er décembre 1998, *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, p. 5, note Ducouloux-Favard (C.).

¹⁹ Cass. ass. Plén., 5 fév. 1999, *JCP G*, 1999.II.10060, note Matsopoulos, D., 1999, *inf.rap.*, p. 60, *Petites Affiches*, n°29, 10 fév. 1999, p. 3, note P. M. La position de la Cour européenne des droits de l'homme est fixée dans le même sens, Strasbourg C.E.D.H., De Cubber c. Belgique, 26 octobre 1984, A n°86, § 29.

²⁰ Il ne s'agirait là que d'une "petite réparation" (d'ailleurs bien mal faite) selon Ducouloux-Favard (C.), note sous Cass. com., 1er décembre 1998, *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, p. 7.

²¹ Dufour (O.) et Bonnet (E.), " Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme, un entretien réalisé avec Marie-Anne Frison-Roche ", *Petites Affiches*, n°29, 10 fév. 1999, p. 17.

²² " Les juridictions administratives appliquent l'article 6 de la C.E.D.H. dans sa lettre et dans son esprit, entretien avec Jean-Claude Bonichot ", *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, pp. 10-11.

²³ Strasbourg C.E.D.H., Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, A n°22, § 81.

²⁴ Article 17 ter du projet de loi adopté par le Sénat en première lecture.

sanction de la Commission des opérations de bourse a été mise en évidence lors des débats parlementaires. Ainsi, même si durant l'été 2000, un décret a quelque peu réformé la procédure, il apparaît peu satisfaisant qu'il soit possible de poursuivre pour un même fait une personne lors d'une procédure devant la Commission des opérations de bourse puis devant le juge judiciaire²⁵. Nous pouvons regretter l'absence de référence explicite, dans le projet de loi, aux règles du procès équitable. Toutefois, le projet a pour effet de clarifier le système. Il reviendra donc au pouvoir réglementaire d'adopter une procédure de sanction satisfaisante.

Mais d'autres objectifs sont formulés. La simplification du droit commercial et financier se retrouve dans d'autres réformes comme, par exemple, le regroupement de nombreuses dispositions au sein du nouveau code de commerce²⁶.

En la matière, la simplification résultera, d'abord, de la contraction du statut et des pouvoirs de l'autorité de régulation dans un texte unique. Il ne sera donc plus nécessaire d'aller rechercher chaque texte prévoyant une autorité de régulation. En outre, les frais de fonctionnement seront moindres puisque la composition de l'autorité est unique. La simplification a été rendue nécessaire par l'évolution des marchés financiers. Ainsi, le Ministre de l'Economie et des finances a relevé lors des débats parlementaires que les bourses "sont devenues des entreprises de services et des fournisseurs de prestations, notamment informatiques. Modes de compensations, rapprochements industriels et systèmes de règlement se diversifient ou s'amplifient. Si l'on veut accompagner ce mouvement, il faut une stratégie, il faut des institutions qui sachent unir leurs compétences et leur talent"²⁷. Enfin, les recours des décisions prises par l'autorité seraient portés devant une juridiction clairement identifiée²⁸ ce qui éviterait les divergences de jurisprudence actuelle entre les juridictions administratives et judiciaires.

Dans son rapport sur le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques, M. Besson insiste sur les inconvénients de l'organisation actuelle de la régulation économique. Il évoque, notamment les "délits d'initiés" et les "chevauchements de compétences". Cette fusion serait également souhaitée par le Gouvernement et les organisations professionnelles²⁹.

B) Une autorité renforcée

A l'heure actuelle, le droit positif est source de confusion. En effet, le statut de certaines autorités n'offre pas de garanties d'indépendance par rapport à l'Administration. De plus, les compétences de différentes autorités se chevauchent parfois. Enfin, l'exercice du pouvoir de sanction de la COB fait parfois double emploi avec celui du juge judiciaire.

Parmi les autorités fusionnées, figurent la COB et le Conseil des marchés financiers, le Comité consultatif de la gestion financière et le Conseil de discipline de la gestion financière. Par la fusion, toutes les compétences seront exercées par une AAI et non plus indirectement par l'Administration. Ce souci d'indépendance entre le marché financier et l'administration est donc effectuée à l'instar de certains droits étrangers. De plus, le développement et le succès de deux autorités de régulation du marché a abouti à la mise en place de "deux droits boursiers parallèles"³⁰. Il en résulte une grande confusion puisqu'il existe parfois des positions divergences entre ces deux autorités. Or, une telle dichotomie n'existe pas à l'étranger. Le Ministre constate donc en la matière une "querelle de gaulois" qui se ferait au détriment de la place boursière parisienne. Une fusion entre le Conseil des marchés financiers et la COB serait l'unique voie permettant de mettre fin à toute forme de confusion entre ces deux autorités.

En outre, la redéfinition du domaine d'exercice du pouvoir de sanction de l'Autorité permettrait d'en renforcer la crédibilité au regard du marché financier. En effet, il est possible, à l'heure actuelle, de poursuivre une personne pour un même fait devant la Commission des opérations de bourse et devant le juge judiciaire. Or, en pratique, les poursuites se sont multipliées. D'une part, la COB utilise de plus en plus fréquemment ce pouvoir, instauré en 1989, en délaissant son pouvoir d'injonction et ce, en violation de l'esprit du texte initial. D'autre part, les justiciables utiliseraient, de façon abusive, toutes les possibilités de poursuite prévues par le droit positif afin d'augmenter leurs chances d'obtenir une condamnation³¹. Or, le développement de deux poursuites parallèles présente deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, à l'égard de l'intéressé, il méconnaît la règle non bis in idem telle qu'affirmée par les textes internationaux. Ensuite,

²⁵ Séance du Sénat du 10 octobre 2000.

²⁶ JO, 21 sept. 2000.

²⁷ Séance du Sénat du 10 octobre 2000.

²⁸ Le projet de loi tendait à aligner les voies de recours de la nouvelle Autorité sur celles prévues contre les décisions de la COB, c'est à dire devant les juridictions judiciaires.

²⁹ Besson (E.), *Rapport au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan en nouvelle lecture sur le projet de loi modifié par le Sénat relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2666)*, n°2864, p. 45.

³⁰ Séance du Sénat du 10 octobre 2000.

³¹ Ducouloux-Favard (C.), note sous Cass. com., 1er décembre 1998, *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, p. 8.

les deux procédures peuvent aboutir à des conclusions opposées, ce qui abouti à décrédibiliser les autorités concernées. Cette double procédure de sanction est une originalité du droit français au regard de ses partenaires de l'Union européenne³². De plus, cet inconvénient pratique majeur ne serait nullement compensé par l'efficacité des sanctions prononcées. Il est donc nécessaire de limiter le pouvoir de sanction de l'Autorité à des poursuites disciplinaires et de renvoyer au juge tout ce qui relèverait du droit pénal pour éviter toute forme de concurrence.

Le renforcement de l'Autorité est évoqué par M. Marini qui met en évidence que "*le report de cette réforme ne semble pas souhaitable pour la crédibilité de la France et la compétitivité de la place de Paris*"³³. Ainsi, désormais, la "*super-autorité*" de régulation serait un véritable partenaire face à ses homologues étrangers. En effet, les bourses européennes s'allient entre elles pour une plus grande compétitivité et l'harmonisation paraît indispensable dans la mesure où la directive du 10 mai 1993 consacre un véritable marché financier européen, ce qui favorise la concurrence intra-communautaire.

La volonté de garantir les droits de la défense n'apparaît pas dans le texte.

Mais une question demeure. Qui contrôle le contrôleur ? Le recours au juge judiciaire est-il une garantie suffisante ? Seule l'expérience répondra à cette question.

Cependant, cette innovation a été rejetée par l'Assemblée Nationale en 2ème lecture en raison du manque de concertation et de maturation de cette innovation. Néanmoins, un projet spécifique serait en préparation³⁴, mais, selon le Ministre de l'Economie et des Finances, il est nécessaire, avant de prévoir toute réforme d'ensemble des autorités de régulation de laisser le temps nécessaire à la concertation³⁵.

Peut-être cette fusion est un exemple à suivre, notamment en matière de communication entre l'Autorité de Régulation des Télécoms et le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. De la sorte, la France se doterait dans chaque domaine de compétence de l'Union européenne d'un partenaire unique ce qui permettrait de favoriser la coopération entre les entités internes entre les différents pays membres pour participer à l'édition de règles et de stratégies communes, contribuant ainsi à un rapprochement des institutions européennes et des partenaires économiques.

Mikaël BENILLOUCHE
Docteur en droit

A.T.E.R. Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

³² Ducouloux-Favard (C.), note sous Cass. com., 1er décembre 1998, *Petites Affiches*, n°11, 15 janvier 1999, p. 8.

³³ Marini (P.), *Rapport n°5 fait au nom de la commission des finances, Première partie, régulation financière*.

³⁴ Besson (E.), *Rapport au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan en nouvelle lecture sur le projet de loi modifié par le Sénat relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2666)*, n°2864, p. 45.

³⁵ Séance du Sénat du 10 octobre 2000. Une autre raison, procédurale cette fois, a été avancée. Ainsi, l'introduction d'un tel amendement au cours des discussions parlementaires aurait excédé les limites du droit d'amendement et aurait donc encouru la censure du Conseil constitutionnel.

EUROJUST

BERICHT ZUR TAGUNG DER EUROPÄISCHEN RECHTSAKADEMIE VOM 26. MÄRZ 2001 IN TRIER

21

Die Verfolgung grenzüberschreitender organisierter Kriminalität, die immer neue Instrumente und Techniken, v.a. was den Finanztransfer betrifft, entwickelt und deren Bekämpfung Ermittlungen in verschiedenen Räumen Europas erfordert, ist mit dem herkömmlichen Rechtshilfeinstrumentarium kaum zu bewältigen. Hinsichtlich des Ziels, die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zu erleichtern und Ermittlungs- bzw. Strafverfolgungsmaßnahmen besser zu koordinieren, bildet die Gründung von EUROJUST einen wichtigen Grundstein. Bis Ende 2001 sollen die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen geschaffen werden. EUROJUST fußt auf 3 Grundlagen: Einmal auf der Schlußfolgerung Nr. 46 des EU-Gipfels von Tampere¹, in der beschlossen wurde, eine Stelle namens EUROJUST einzurichten, wo von den einzelnen Mitgliedsstaaten entsandte Staatsanwälte, Richter oder Polizeibeamte mit gleichwertigen Befugnissen zusammengeschlossen sind, mit der Aufgabe,

- 1) eine sachgerechte Koordinierung der nationalen Staatsanwaltschaften zu erleichtern,
- 2) strafrechtliche Ermittlungen in Fällen mit OK-Bezug – insbesondere auf der Grundlage von Europol-Analysen – zu unterstützen und
- 3) eng mit dem Europäischen Justiziellen Netz zusammenzuarbeiten, insbesondere um die Erledigung von Rechtshilfeersuchen zu vereinfachen.

Dieser Inhalt wurde nun explizit durch den Vertrag von Nizza festgeschrieben, wodurch EUROJUST einen institutionellen Rahmen bekommt². Schließlich läßt sich die verstärkte Zusammenarbeit im justiziellen Bereich auch allgemein auf das Ziel des EUV, rasch einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu entwickeln, stützen. Grundkonsens bei den Tagungsteilnehmern bestand darin, dass EUROJUST einen Mehrwert im Hinblick auf die Strafverfolgung in Europa bringen müsse, sonst hätte es keine Daseinsberechtigung.

Der Termin der Tagung war glücklich gewählt, denn Anfang März 2001 nahm die vorläufige Stelle zur justizi-

ziellen Zusammenarbeit (PRO-EUROJUST) beim Rat in Brüssel ihre Arbeit auf³. Dies gab Gelegenheit, über erste Erfahrungen mit dem Provisorium sowie den aktuellen Stand der Verhandlungen über die (endgültige) EUROJUST-Einheit zu berichten.

PRO-EUROJUST soll Versuchsobjekt für die Einrichtung der endgültigen EUROJUST-Einheit sein. Der Vertreter des Rates *Nilsson* betonte, dass PRO-EUROJUST, bestehend aus je einem von den 15 Mitgliedsstaaten entsandten Staatsanwalt, Richter oder Polizeibeamten mit gleichwertigen Befugnissen, in erster Linie ein Koordinationszentrum für schwierige, komplexe Fälle (z.B. Menschenhandel) sei und nicht die Möglichkeit besitze, eigene Ermittlungen aufzunehmen. Es soll eine Art Anti-Mafia-Einheit auf europäischer Ebene bilden, die künftig auch gemeinsame Ermittlungsgruppen koordiniere und leite⁴. Der Mehrwert von EUROJUST liege zum einen darin, dass das Wissen der nationalen Staatsanwaltschaften auch den Strafverfolgungsbehörden der anderen Mitgliedsstaaten zuteil werde und die Staatsanwaltschaften zur Kooperation ermutigt würden, wenn mehr als zwei Länder an der Lösung eines Falles beteiligt seien. Zum anderen könne EUROJUST eine „one-stop“-Stelle in Beziehung auf Rechtshilfeersuchen aus/nach Drittländern sein. Der Leiter von PRO-EUROJUST, *Björn Blomqvist*, resümierte, dass neben der Fall- und Effizienzanalyse, der Aufbau eines Dialogs zu OLAF, Europol, Interpol etc. und anderen Nicht-EU-Mitgliedsstaaten wie Norwegen und Island im Vordergrund der bisherigen dreiwöchigen Arbeit der vorläufigen Stelle gestanden habe und er währenddessen die Erfahrung gemacht habe, dass der Austausch von Informationen und die Diskussion von Fällen am runden Tisch eine Atmosphäre des Vertrauens zwischen den Mitgliedern von PRO-EUROJUST geschaffen habe, diese wichtige Ideen für die Analyse und Lösung von Fällen erhielten und ein Überblick über die Zuständigkeiten in den anderen Ländern gewonnen werden konnte. Den Mehrwert von EUROJUST sah er insbesondere darin, dass grenzüberschreitende Zusammenhänge von Straftaten erfasst werden.

¹ vgl. Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung v. 7.12.1999, Nr. 84, S. 798.

² neuer Absatz 2 zu Art. 31 EUV. Vgl. ABl. C 80 v. 10.3.2001, S. 1.

³ s. Beschluss des Rates vom 14. Dez. 2000, ABl. L 324 v. 21.12.2000, S. 2

⁴ vgl. Art. 13 EU-RhÜbk, ABl. C 197 v. 12. Juli 2000, S. 1.

Schomburg gab einen Überblick über einige **Kernfragen** an die bisher vorliegenden Entwürfe für ein EUROJUST-Statut. Er meinte, es sei nicht nachvollziehbar, dass eine Zusammenarbeit über EUROJUST nur innerhalb der EU stattfände, da sich der Täter nicht an die EU-Grenzen halte. Der Operationskreis der Täter müsse dem Geltungsbereich der einschlägigen Übereinkommen und dem Tätigkeitsradius der Kooperationsstellen weitestgehend entsprechen, so dass insbesondere die **Einbindung des Europarats** in das EUROJUST-Projekt unbedingt erforderlich sei. Letztlich müsse EUROJUST flexible Antworten auf flexibles Täterverhalten bereit halten. Hinsichtlich der **Clearingfunktion** der Stelle müssten v.a. Zuständigkeitsprobleme wegen der 15 verschiedenen EU-Rechtsordnungen, die z.B. zum forum shopping führten (je nach Perspektive von Strafverteidiger oder Strafverfolger wird die für den Einzelfall günstigste Rechtsordnung ausgewählt), durch EUROJUST als Mediator beseitigt werden⁵. In diesem Zusammenhang müsse es ein **Straf- und Verfahrensregister** vorhalten, wobei noch offen ist, ob dies durch einen Verbund nationaler Register oder durch ein eigenes europäisches Zentralregister in die Tat umgesetzt werde. Eine wichtige Aufgabe von EUROJUST liege in der **Beseitigung von Sprachbarrieren**, so dass nicht an Linguisten gespart werden dürfe. Gerade in exakten und guten Übersetzungen liege der Mehrwert im Alltagsgebrauch. EUROJUST biete sich als Stelle justizieller Kontrolle von Eingriffen durch Einrichtungen wie Europol an, insbesondere wenn Europol operative Befugnisse nach Art. 30 II EUV zugewiesen bekäme. Den Befürchtungen, EUROJUST werde eine gegenüber den nationalen Staatsanwaltschaften weisungsbefugte „Euro-Behörde“, trat *Schomburg* mit Hinweis auf die koordinierende und dienende Funktion von EUROJUST bei der Rechtshilfe entgegen. Denkbar sei allerdings, den nationalen Mitgliedern dieser zentralen Einrichtung die Befugnis zu erteilen, in ihren Heimatländern **gerichtliche Entscheidungen**, z.B. hinsichtlich Zwangsmaßnahmen, unmittelbar **beantragen** zu können.

Aus der Warte Portugals berichtete *Costa* über den Entwicklungsstand der Verhandlungen im Rat. Gegenwärtig liegen zwei Vorschläge für die Festlegung von

Zuständigkeiten, Aufgaben, Struktur und Status der endgültigen EUROJUST-Einheit auf dem Tisch, nämlich die deutsche Initiative⁶ und die der „vier Präsidenschaften“⁷. Als neuralgischer Punkt der Verhandlungen erweist sich die Frage nach dem **sachlichen Zuständigkeitsbereich**. Der Tendenz, die Befugnisse von EUROJUST auf alle Straftaten, für welche Europol zuständig ist, Computerkriminalität, den Schutz der finanziellen Interessen der EG betreffende Delikte, Geldwäsche und andere Formen schweren Verbrechens im Zusammenhang mit diesen Straftaten zu begrenzen⁸, wurde entgegengehalten, dass es sinnvoll sei, EUROJUST bei allen Formen schwerer grenzüberschreitender Kriminalität einzuschalten, also z.B. auch bei Straftaten gegen Leib und Leben. Zu beachten ist aber, dass je weiter die Kompetenz ausfällt, desto schwieriger die Frage nach den Risiken der Datenerfassung zu beantworten ist. Einvernehmen besteht insoweit darin, dass die Behandlung personenbezogener Daten im Statut geregelt werden müsse. Ungeklärt ist ferner, ob EUROJUST – insoweit parallel zu Europol – eine Konvention als Rechtsgrundlage erhalten und als eine Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet werden soll.

Mit Spannung wurde das Referat von *Wasmeier* von der Europäischen Kommission erwartet, der schwerpunktmäßig über das Verhältnis von EUROJUST zu den anderen Strafrechtsinitiativen der EU informierte. Allgemein läßt sich feststellen, dass die Tätigkeit von EUROJUST eine Koordination und enge Verknüpfung mit den Tätigkeiten des EJN, von Europol und OLAF erfordert, z.B. indem Vertreter dieser Einrichtungen am runden Tisch von EUROJUST teilnehmen. Im Hinblick darauf, eine Doppelarbeit zu vermeiden, erweist sich insbesondere die **Abgrenzung zum Europäischen Justiziellen Netz** (EJN)⁹ als schwierig. Es wurde die prägnante Formel *Nilssons* aufgegriffen, dass EUROJUST zentral, koordinierend, proaktiv und multilateral, das EJN dagegen dezentral, zusammenarbeitend, reaktionär und bilateral tätig sei. Gerade bei der Frage, ob EUROJUST auch bei (rein) bilateralen Fällen eingeschaltet werden könnte/sollte, herrschte aber kein Einvernehmen. Überwiegend geht man davon aus, dass das EJN wichtigste Anlaufstelle für nationale Richter und Staatsanwälte ins-

⁵ Einzelheiten zu den Funktionen von Eurojust als Dokumentations- und Clearingstelle bei *Schomburg*, *Kriminalistik* 2000, 13.

⁶ Initiative der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Annahme eines Beschlusses des Rates zur Errichtung eines Stabes Eurojust, ABl. C 206 v. 19.7.2000, S. 1

⁷ Initiative Portugals, Frankreichs, Schwedens und Belgiens im Hinblick auf die Annahme eines Beschlusses des Rates über die Einrichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren organisierten Kriminalität, ABl. C 243 v. 24.8.2000, S. 15.

⁸ so Art. 5 der Initiative der „vier Präsidenschaften“.

⁹ Gemeinsame Maßnahme des Rates vom 29. Juni 1998, ABl. L 191 v. 7.7.1998, S. 4, wodurch in den EU-Mitgliedsstaaten und in Ländern aus dem Kreis der Beitrittskandidaten ein oder mehrere Kontaktstellen geschaffen wurden, die persönliche Direktkontakte herstellen und die erforderlichen rechtlichen und praktischen Informationen bereit halten, um ein Ersuchen um justizielle Zusammenarbeit effizient vorzubereiten oder um die justizielle Zusammenarbeit allgemein zu verbessern.

besondere in Fällen mit bilateralem Kontext bleibe. Beide Systeme sollten aber flexibel angerufen werden können, ohne dass die nationalen Behörden im Vorfeld bürokratisch die Zuständigkeiten prüfen müssten. Mitglieder von EUROJUST und des EJM sollen gegenseitig Zugang zu den ihnen zur Verfügung stehenden Informationen erhalten. EUROJUST könnte die zentrale Kopfstelle bilden, die mit den einzelstaatlichen Kontaktstellen des Netzes zusammenarbeitet, ohne dass eine Hierarchie aufgebaut werde. EUROJUST sollte in das Telekommunikationsnetz des EJM integriert werden.

Da EUROJUST auf der Basis von Europol-Analysen tätig werde, müsse die **Kooperation mit Europol** auf der Grundlage eines Abkommens zwischen beiden Organisationen erfolgen, sofern EUROJUST Rechtspersönlichkeit bekommt¹⁰. Es werde Europol in justiziellen Fragen beraten. Damit EUROJUST seiner Koordinierungsaufgaben nachkommen kann und Querverbindungen von Straftaten aufgedeckt werden, ist man sich einig, dass ein gegenseitiger Datenaustausch mit Europol vonstatten gehen muß.

Was das **Verhältnis zur Kommission/OLAF** betrifft, sollte EUROJUST allgemein die Funktion der Kommission als „Hüterin auch der dritten Säule“, z.B. hinsichtlich der Auslegung von Konventionen, nutzen. Im Einzelfall könne es bezüglich Fragen operationeller Art insbesondere von den Erfahrungen der Experten von OLAF profitieren. Um Überschneidungen vorzubeugen, vergewenwärtigte *Wasmeier*, dass OLAF für Betrügereien, die das EG-Budget betreffen, zuständig sei, wohingegen EUROJUST auf die Fälle von nationalen Verfahren, die EG-Bezüge haben, aber nicht die Ausgaben der EG betreffen (z.B. Beihilferecht), zu verweisen wäre. In diesem Zusammenhang merkte er an, dass EUROJUST und die Europäische Staatsanwaltschaft im Sinne des Corpus Juris-Modells zwei unterschiedliche Projekte darstellten¹¹.

Anhand von **Fallanalysen** wurde schließlich der Nutzen von EUROJUST diskutiert.

Beispielhaft sei hier ein Fall herausgegriffen, in dem OLAF involviert war. Es ging um die Fälschung von Bananen-Einfuhrlicenzen in Frankreich und Spanien und in diesem Zusammenhang um Ermittlungen gegen Vertreiber in Italien, wobei der Verdacht begründet war, dass das organisierte Verbrechen eine erhebliche Rolle spielte. Der EG entstand ein Schaden in Millionenhöhe. Dieser Fall stellte v.a. Probleme hinsichtlich der Koordination der Ermittlungen, des Informationsaustausches, der Informationszusammenführung, der Beweisbarkeit und der Verwertung von in anderen EU-

Mitgliedsstaaten erhobener Beweise in einem nationalem Strafverfahren. Die Gruppe kam unter Leitung von *Gonzales* und *Rossi*, Mitglieder von OLAF, zu dem – nachher noch kontrovers diskutierten – Ergebnis, dass dieser Fall ein spezieller Fall für OLAF und weniger ein Fall für EUROJUST sei. Der normale Weg, Rechtshilfeersuchen zu stellen, scheitere an der Dringlichkeit und der Tatsache, dass Ersuchen immer auf eine spezifische Maßnahme gerichtet werden müssten, wohingegen es hier v.a. um Informationssammlung im Vorfeld konkreter Maßnahmen und um die Frage ging, wo es überhaupt am günstigsten wäre, ein Verfahren zu eröffnen. Es wurde deutlich, wie wertvoll die Nutzung der OLAF-Kontaktwege war, so dass innerhalb kürzester Zeit Ermittlungserfolge erzielt werden konnten. *Rossi* stellte klar, dass OLAF keine Stelle sei, die aktiv die Ermittlungsverfahren in den einzelnen Staaten führe, sondern das für die Bekämpfung transnationaler Kriminalität erforderliche Element sei, diejenigen Informationen herbeizuschaffen, die es erlaubten, bestimmte Verfahren einzuleiten oder Maßnahmen zu ergreifen.

Zusammenfassend ist die nahezu revolutionäre Entwicklung herauszustreichen, weil es innerhalb relativ kurzer Zeit gelungen ist, mit PRO-EUROJUST die erste zentrale justizielle Stelle in Europa einzurichten. Um auf den Ausgangspunkt zurückzukommen: Bereits in der Einrichtung eines zentralen „runden Tisches“ und der Gründung eines „Erfahrungs-Pools“ dürfte ein Mehrwert liegen¹². Die weitgehend positive Beurteilung der provisorischen Einheit konnte aber nicht über die Schwierigkeiten auf dem Weg zu einer endgültigen Stelle namens EUROJUST hinwegtäuschen. Es bleiben offene Fragen, insbesondere was den sachlichen Zuständigkeitsbereich und Datenschutzregelungen betrifft sowie das generelle Problem des Eingriffs in die Unabhängigkeit der Justiz, wenn EUROJUST entsprechende Befugnisse bekäme. Unangesprochen blieb beispielsweise, ob EUROJUST im Hinblick auf die prozesuale Waffengleichheit auch Strafverteidigern zur Verfügung stehen sollte. Die Vorgabe von Tampere, bis Ende 2001 das erforderliche Rechtsinstrumentarium zu schaffen, und die intensiven Vorarbeiten, wozu auch Tagungen unter Praktikern wie diejenige bei ERA beitragen, geben aber Anlass zur Hoffnung, dass die justizielle Zusammenarbeit relativ rasch den ihr gebührenden Platz im Hause Europa bekommen wird.

Thomas WAHL

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Passau

¹⁰ vgl. dazu Art. 42 Europol-Übereinkommen, BGBl. 1997 II, S. 2150.

¹¹ ausführlich zum Unterschied *Flore*, AGON No. 28, S. 9-13.

¹² so auch die Kommission in ihrer Stellungnahme, KOM (2000) 746.

CONTENTS 2001

AGON Nr 30

50 proposals towards an integrated strategy to prevent and counter corruptionp. 2

Nicolas Queloz and Marco Borghi

Lutte contre la criminalité organisée au niveau européen : nouvelles technologies p. 5

R. Van camp

Etude sur les "sanctions pénales et administratives, transaction, whistleblowing et le corpus juris dans les pays candidats" p. 12

Maria Mercedes Pisani

Strategies of the EU and the US in combating transnational organized crime p. 15

Alain Zenner

AGON Nr 31

Problematic issues of Hungarian criminal law related to the protection of the financial interests of the european communities p. 2

Akos Farkas Ph.D. et Rita Petró Ph.D.

Topical tasks in combating corruption in the Czech Republic p. 5

JUDr. Jaroslav Fenyk et JUDr. Svetlana Klouckova

The role of the European anti-fraud office in the process of EU-enlargement p. 8

Kai Hamdorf

50 Vorschläge für eine integrierte Strategie zur Prävention und Bekämpfung der Korruption p. 15

Nicolas Queloz und Marco Borghi

AGON Nr 32

SUISSE

La Suisse et le contrôle du blanchiment d'argent: la quadrature du cercle entre auto-régulations privées, contrôles administratifs et interventions pénales p. 2

Nicolas Queloz

La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse : actualité et perspectives p. 5

Cristina Fancello

FRANCE

Les projets de législation sur le blanchiment d'argent et le secret professionnel des avocats p. 10

Laure Leter

BELGIUM

L'Office Central de lutte contre la Délinquance Economique et Financière Organisée (OCDEFO) et la lutte contre le blanchiment de capitaux p. 14

Fabienne Bultot et Stéphan Adam

LUXEMBOURG

Ratification de la Convention de Strasbourg relative au blanchiment p. 20

Jeannot Nies

CONTENTS

2

La sanction pénale au sein de " l'espace de liberté, de justice et de sécurité "...

Véronique Robert

6

L'assistance prêtée par la Suisse dans la lutte anti-blanchiment : un aperçu dans l'union européenne

Ana Isabel Sánchez Ruiz

13

Le principe *non bis in idem* dans un espace de liberté, de sécurité et de justice

Lionel Ascensi

16

Vers la fusion des autorités de régulation économique en France

Mikaël Benillouche

21

EUROJUST

Bericht zur Tagung der Europäischen Rechtsakademie vom 26. März 2001 in Trier

Thomas Wahl

COMITÉ DE RÉDACTION

Luc BIHAIN,

F. de ANGELIS, C. LECOUC, L. KUHLL,

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