

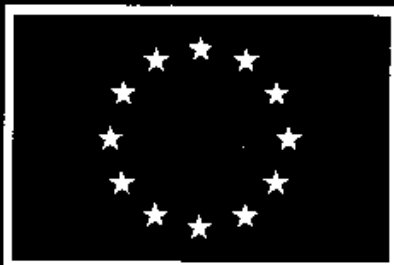
N°

27

8ème année
Septembre 2000

AGON

BULLETIN TRIMESTRIEL



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

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

Juristenvereinigungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften

THE EUROPEAN UNION MEMBERSHIP AND FINNISH CRIMINAL JUSTICE AND CRIMINAL POLICY

1. Introduction

When discussing about the influence of the EU membership on the Finnish criminal justice and criminal policy, a longer and wider perspective is in fact needed than that which is restricted to the period of Finland's membership within EU since 1995. I would prefer to speak about *emerging European criminal policy*. The move towards a European criminal policy relies on common legal traditions and the established European institutions which have maintained them. Accordingly, the regionalization of international criminal law is particularly developed in Europe. As for the European institutions, the legal instruments of the Council of Europe and, in recent years those of the EC/EU, have been decisive for harmonizing criminal policy and intensifying inter-state cooperation in criminal matters.¹

Mireille Delmas-Marty has put the question whether we are going towards harmonization (common guiding principles, obligation of compatibility) or unification (identical rules, obligation of conformity) in European criminal policy. Her answer is that we are in fact going in both directions, and it is particularly important to notice the appearance of common principles both in the ECHR and European Community law.² Because neither the European Community nor the Council of Europe officially have the competency to establish rules in criminal law, it is "thus in an indirect fashion, through interpretation of principles not specifically criminal, that the European criminal policy is defined in a more or less restrictive, but not totally coherent, way."³ She is also suggesting that Europe, which has been called the laboratory of judicial nationalism, could become in future the "laboratory of pluralism".⁴

Mireille Delmas-Marty has made a distinction between the penal law *in the EU* (where ongoing harmonization is discernible) and the penal law *of the EU* (where - primarily *de lege ferenda* - a trend towards unification is typical).⁵ Nevertheless, the Treaty of Amsterdam can be regarded as modest in the last mentioned respect. This Treaty has under pillar III adopted the objective of maintaining and developing the EU as an "area of freedom, security and justice" and, at the same time, brought about the review of various aspects involved: for example, the legal instruments are made subject to tighter judicial and democratic control, the Schengen *acquis* is integrated into the framework of the EU, and the central role of Europol is recognized.⁶

According to the conclusions which were adopted in Tampere on 15-16 October 1999, the European Council "is determined to develop the Union as an area of freedom, security and justice by making full use of the possibilities offered by the Treaty of Amsterdam".

2. On the Influence of the EU Membership on the Finnish Criminal Justice

2.1. General Observations

It is important to keep in mind that both the Council of Europe and the EU are firmly rooted in a shared commitment to freedom based on human rights, democratic institutions and the rule of law. In the Amsterdam Treaty a provision is included saying that the EU shall respect fundamental rights, as guaranteed by the ECHR and as

1 See in more detail Jukka HALLA, "Towards an International and European Criminal Policy" in M. Lapanen, ed., *Liberty, Autonomy, Being Bound*, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki 1999, pp. 222-249, at 225, 233. See also, e.g., Kivide BARD, "European Criminal Law?" in R. Lipp, ed., *La criminalité transnationale: problèmes juridiques*, Liber Amicorum in honorem Antti-Juhani Halonen 1996, pp. 141-152.

2 DELMAS-MARTY, "Le droit criminel en Europe" in N. J. de Vries, ed., *Tijdschrift voor strafrecht*, Utrecht 1993, pp. 55-70.

3 See DELMAS-MARTY, *op. cit.*, *supra*, note 2, at 67-68; Kivide BARD, *supra*, note 1, at 141-142.

4 DELMAS-MARTY, *Le Droit Criminel en Europe*, in V. Heiskanen & S. Kivistö, eds., *Freedom and Justice in the European Union*, Publications of the Finnish Institute of Legal Research, Helsinki 1999, pp. 133-142, at 136.

5 DELMAS-MARTY, "The European Union and Penal Law" *Annuaire de droit pénal* 1998, pp. 8-122.

6 See in detail, e.g., *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90 (1999), 399-400; *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90 (1999), 399-400; *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90 (1999), 399-400.

they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community Law (Treaty on European Union (TEU), Article 6, paragraph 2). This common heritage means that the effective implementation of the ECHR into national legal orders also complies with the obligations derived from the EU membership.

Finland ratified the ECHR in 1993, immediately after Finland had joined the Council of Europe. Before that, an in-depth study on the compliance of Finnish legislation with the ECHR and Strasbourg case-law was carried out. Several Acts of Parliament were amended, for example with respect to coercive criminal investigation means.⁸ The influence of the ECHR can clearly be seen for instance in the case law and legislation on criminal procedure. For instance, Article 6 of the ECHR has been directly applied in order to fill certain gaps in Finnish legislation on criminal procedure or, at least, references to them have been made when interpreting domestic provisions. The ECHR and its case-law have *inter alia* clarified and strengthened the significance of fair trial principles, such as presumption of innocence and "equality of arms" (the parties of the criminal trial shall be equal). The Finnish constitutional reform in 1995 produced a lot of new provisions on basic rights, mostly equivalent to the corresponding articles in international human rights treaties but in some respects more extensive.⁹

The influence of the EU membership on Finnish criminal justice system seems to be more invisible and limited – at least so far – when compared with the effects of the membership within the Council of Europe. In a more detailed examination the first impression is not fully justified. Community law and the general principles governing it have more or less indirect effects on criminal legislation and its application in the member states – among them in Finland. The same is true in respect to the system of penal administrative sanctions.¹⁰ Without examining the effects of the EU membership in detail I will confine my following presentation to selections, primarily to such issues on which critical comments have been expressed in the Finnish or Scandinavian academic discussion.¹¹

2.2. Enforcing Community Norms into Finnish Criminal Law

The most striking example of the influence of the EC law concerns the *obligation to incorporate Community norms into national criminal legislation*, i.e. the definitional elements of crime. Because of the EC Regulations must be integrated as such without any national transformation, the so-called blanket provision reference technique has been used in criminal law provisions.

For instance, in the Chapter 16, Section 1, on the regulation offences in the Penal Code (PC) is following prescription (sub-paragraph 11): "A person who violates or attempts to violate a regulatory provision in a Regulation, adopted on the basis of Article 73g or 73sa of the Treaty establishing the European Community, on the interruption or limitation of capital transfers, payments or other economic relations as regards the Common Foreign and Security Policy of the European Union, or a regulatory order on the basis of one of the above, shall be sentenced for a regulation offence to a fine or to imprisonment for at most two years."

This reference technique is problematic from the point of view of the legality principle (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). The legality principle was confirmed by the constitutional reform in 1995 when among other important provisions one regarding this principle was adopted. One of the aims in the strengthening of the legality principle was to reduce and specify the use of that kind of reference technique.¹² The primacy of Community law over national provisions seems now to lead to such blanket penal provisions which do not fully comply with the objectives of Finnish constitutional reform.

Because Finland belongs to those countries where the principle of dualism is normally applied when implementing international treaty obligations, the direct applicability of the EC legal norms has been more problematic than in the countries where monism is a general principle of international law.

When enforcing EC Directives into national legal orders the member states have certain discretion in choo-

⁸ In this article the numbers refer to the consolidated version of the Treaty of EU. The same applies to the Treaty establishing the European Community (EC Treaty).

⁹ See Matti PELTONIEMI, "The Implementation of the European Convention on Human Rights in Finland", in: A. Aasen, ed., *International Human Rights: Views and Opinions* (Lund, Fredensborg, Publishing Company, Helsinki, 1993), pp. 11-7.

¹⁰ See in detail Raimo LESKILÄ, "Cooperation in Rights and Finnish Criminal Law and Community Procedure", in: *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1998, pp. 101-111. The new Constitution of Finland was enacted on 1 June 1995, and contains several provisions and Reg. 1/1995.

¹¹ See Jouni V. LAUHA, *OHJELMA-MAKTY*, supra note 9, at 88-101.

¹² See generally J. V. LAUHA, "European Criminal Policy: in Towards Unified Law", supra note 9, pp. 41-116. Also J. V. LAUHA, "The organization of the justice system: The treatment of crimes", in: *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1998, pp. 117-137; Jouni V. LAUHA, "The organization of the justice system", supra note 9, pp. 141-149.

¹³ See Raimo LESKILÄ, "The Rule of Law and Human Rights in Law Reform", supra note 9, pp. 251-258, 255-256.

sing the legal remedies, e.g. whether to resort to criminalization or administrative sanctions and at what level the penalty of sanctions should be. This discretion may, however, in fact be very limited, for instance when enforcing the EC Directive on money laundering (91/308/EEC). The member states must ensure that money laundering as defined in the Directive shall be forbidden. When the Finnish PC (Ch. 32) was in 1994 amended in order to fulfil the obligation arisen from this Directive, another international obligation was equally relevant (i.e., the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime of 8 November 1990). On the other hand, the principle of EC law friendly interpretation of national legislation does not apply to the detriment of the accused (see the Cases C-74/95 and C-129/95 Criminal proceedings against X, where a reference to the legality principle and the constitutional traditions of the member states and the ECJIR was in this respect made).

One area where the influence of the EU membership on the administration of justice is evident does in Finland concern *administration penal law*. This sphere of European criminal law is expanding, while the distinction between criminal and administrative law is often blurred.¹³ A recent example of that expansion is the enactment of the Regulation for the Protection of the Financial Interests of the EC (No. 2988/95 of the Council of 18 December 1995), which contains penalties regarding "irregularities". The system of administrative penal sanctions has in Finland been developed fragmentarily without a consistent policy.¹⁴

The emergence of administrative penal law within EU compels the Finnish authorities to create a more coherent system for these kinds of sanctions into the national legal order.

2.3. On the EC Sanction Policy versus Finnish and Scandinavian Criminal Policy

As for the sanctions imposed in national legal orders for the violations of obligations which are based on Community law, in several cases the three criteria of effectiveness, proportionality and dissuasiveness have been confirmed (originally in the Case 68/88 Commission v. Greece). What the influence of these criteria actually is, cannot easily be assessed. In any case the combination of these criteria seems to mean that a utilitarian and even repressive sanction policy is strongly reflected in them.

In the Scandinavian criticism against the unification of European criminal policy - and also against the "Corpus Juris" proposal (1997)¹⁵ - the main arguments have been directed to the concern that the basic values of the "Nordic model" would then be endangered. In the Scandinavian thinking, for example, the rule of crime prevention is particularly emphasized; specific criteria of rationality in criminal policy such as legitimacy and humaneness are applied; and the level of repression in criminal sanctions is relatively low.¹⁶ For example, the sanction criterion of dissuasiveness can be criticized for its strong connotation with deterrence and high level of punitiveness. The Corpus Juris proposal has been mentioned as a typical example of this kind of repressive policy, while in Scandinavian thinking moral or socio-pedagogical influence of the criminal law and its enforcement is more emphasized,¹⁷ and the protection of individuals' rights is strongly balancing the state's interest in effective prevention and control.

The demand for more effective sanctioning and penal provisions sounds justified when one's attention is focused on transnational organized crime or on the protection of the financial interests of the whole EU or when there are particularly strong common interests of the member states to combat other serious trans-border crime.¹⁸ A nearer look at the issue, however, provokes critical com-

13 See also Peter-Martin ALBRITZ and Stefan BRACUM, "Decisions in the Development of European Criminal Law", *J. European Law Journal* (1996), pp. 294-312, at 307-308.

14 See generally the Finnish notes to *Hungarian - Finnish Penal Law Seminars on Penal Offences*, [8 September 1993, Budapest] Ed. by Leiko LEBÉK, Centre for Development Research Programme in Public Administration, Budapest, 1994.

15 See Michel DUMAS-MARTY, *Corpus Juris* [Introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union], *Économica*, Paris 1997. A revised version of this proposal has been prepared published see M. DUMAS-MARTY and J.-L. VERVALE, eds., *The Implementation of the Convention for the Member States*, Vol. 1, Intersoma, Antwerpen 2000.

16 See G. GRÖVE, *op.cit.* 11, at 94, 94-95; EC TRASKEMAN, "A Good Criminal Policy Is More Than Just New Law", in *Foundation and Future of European Law*, supra n. 4, pp. 207-216; Seminar on the Protection of the European Communities' Financial Interests, AGON 1997, No. 74, pp. 28-31.

17 See generally the classical treatment of Jurists ANDÉN AND S. in his collection *Of Crimes, Punishment and Deterrence*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1971.

18 See Article 29, paragraph 2, of the Treaty, the objective at a high level of order shall be achieved by "preventing and combating crime, organized or otherwise, in order to ensure minimum standards of protection for its victims, children, the elderly, the handicapped and their assets, trafficking, terrorism and crime...". See also Article 29b, paragraph 1, of the Treaty. "The Commission and the Member States shall cooperate and coordinate legal action, especially joint arrangements for the clearing-up of drug trafficking, in order to ensure a high level of security, order and lawfulness in the Member States."

ments. The situation of these crimes is not similar in all member states. There should also be pluralism enough in the national means of criminal policy, while the main emphasis should be laid on - in line with the EU - a closer cooperation between police, administrative and judicial authorities as well as, where necessary, on an approximation of the rules of criminal matters.¹⁹ In the last-mentioned respect Finland belonged to the first EU member states who have ratified the Convention on the protection of the European Communities' financial interests (Council Act of 26 July 1995; 95C 316/03). Although a certain degree of differentiation among the sub systems of the administration of justice must be recognized, their coherence as to essential legal principles should be guaranteed both on the national and European level.

3. Concluding Remarks

Criminal policy is increasingly affected by actors whose spheres of operations extend from domestic or sub-regional (Scandinavian) arenas to regional (European) and global (e.g., UN's) levels.²⁰ This development means that it will be more difficult to reach such kind of rationality and coherence in these policy decisions as the case of Finnish criminal policy has been for last three decades due to its proneness to professionalism and consensus of a homogenous small country. The influence of the EU membership on Finnish criminal policy has been moderate and restrictive so far, but a clear tendency is to strengthen the europeanization of criminal law - including, in the long run, the trend towards the criminal law of the EU - as reflected in the *Corpus Juris* proposal.

For instance, the European Council is according to the Presidency conclusions in Tampere (on 15-16 October 1999) "deeply committed to reinforcing the fight against serious organised and transnational crime. The high level of safety in the area of freedom, security and justice presupposes an efficient and comprehensive approach in the fight against all forms of crime." (Paragraph 19.) In the same paragraph a balance is required between the union-wide measures against crime and the protection of the freedom and legal rights of individuals and economic operators.

The just-mentioned balancing is the weak point in the unionwide criminal policy. On the basis of Finnish experience this balancing is also problematic in domestic law drafting, when legislative reforms are increasingly justified by arguments on efficiency and effective unionwide cooperation and when the role of the Ministry of Interior is at the same time expanding (and the role of the Ministry of Justice and academic professionals decreasing).

According to critics, the principles of subsidiarity should be strongly emphasized when the criminal justice systems of the EU's member states are in question. The demand for the legitimacy is particularly strong as to criminal justice systems; so cultural and national traditions should be taken seriously into account. At a regional, European level such legitimacy is difficult to achieve. In order to increase acceptability of and confidence in European institutions (primarily in the EU) there should be general awareness of common European values (as now captured by the concept of the area of freedom, security and justice in the Amsterdam Treaty); deficiencies in the decision-making processes and their transparency should be removed (the idea of citizens' Europe and the sufficient and equal freedom of action of member states should be combined); and the commitment to the observance of human rights and fundamental freedoms ought to be strengthened.²¹ As European integration advances, it is necessary to rediscover fundamental rights and freedoms in European criminal law.²²

Even a subregional criminal policy seems to have much better chances of success than that of a common-European criminal policy. At least the existing inter-state cooperation between the Nordic countries works effectively and smoothly - primarily due to the reciprocal confidence in the legal systems of neighbourhood countries. The experiences of the Nordic countries in criminal policy and in inter-state cooperation in criminal matters should be utilized in the deliberations about common-European criminal policy.

Raimo LAHTI

19. The last formulation is from Article 17 in paragraph 2 of the DDI.
 20. Cf. LAHTI, *op. cit.* (note 1) and note 2; and note 3.
 21. See LAHTI, *op. cit.* (note 1) and note 2; and note 3.
 22. See ELBERGHI and BRAMBI, *op. cit.* (note 1) at 314.
 23. See also Raimo LAHTI, *See Rijn's cooperation in Criminal Matters: The European and the Nordic cooperation* in A. FISHER and O. LANGDENEY (eds.), *International Criminal Law: Theoretical and Practical Aspects of International Criminal Law* (London, 1998), pp. 17-21.

SWITZERLAND

POUR UNE STRATEGIE INTEGREE DE PREVENTION ET DE RIPOSTE FACE A LA CORRUPTION

6

Face aux processus de corruption, il importe selon nous de rechercher un équilibre raisonnable, mais déterminé, entre ces deux extrêmes que sont soit une attitude de trop grande candeur ou de banalisation (politique de l'autruche), soit une politique de guerre, de croisade et de mesures d'exception pour lutter contre l'impalpable "fléau de la corruption". Ceci suppose la conception d'une *politique intégrée*, alliant prioritairement des actions de *prévention* et, subsidiairement, des mesures de *répression* de la corruption.

La *stratégie ou le modèle d'action* que nous présentons ici est érigée par des données empiriques¹ et vise à promouvoir cette politique du "juste milieu" par une approche globale et bien articulée entre prévention et riposte face à la corruption. Elle est concrétisée par 50 propositions qui forment un tout et se complètent successivement et qui figurent à la fin de ce texte.

1. Actions de prévention

Parmi les actions de prévention de la corruption, nous distinguerons quatre *niveaux successifs*, que nous illustrerons à partir des données mêmes de notre recherche.

1.1. Prévention structurelle

Les efforts doivent porter sur les *structures globales* de la société (politiques, économiques et socio-culturelles). A ce niveau *macro-social*, les actions de prévention de la corruption doivent avoir notamment pour buts:

- le respect du primat des droits de l'homme² et des principes de non-discrimination et de garantie de l'égalité de traitement des citoyens³;

- la garantie et l'effectivité de l'indépendance des pouvoirs et fonctions législatives, exécutives et judiciaires;
- le primat du principe de la transparence des décisions et actions politiques, administratives et également économiques;
- le découplage des divers secteurs juridiques, qui doivent oeuvrer ensemble et de façon cohérente à la prévention de la corruption: droit administratif, droit fiscal, droit civil, commercial, bancaire, etc. (cf. propositions 6 à 10 ci-dessous) et, comme ultime rempart, droit pénal (cf. propositions 36 à 45 ci-dessous).

1.2. Prévention contextuelle

Les diverses cibles d'action concernées sont ici surtout les *contextes*, milieux ou secteurs d'activités publiques⁴ et privées (niveau d'action *méso-social*). Les efforts de prévention de la corruption (de nature législative et organisationnelle) doivent viser par exemple:

- la promotion d'une culture éthique dans les institutions, les administrations, les entreprises et associations professionnelles⁵ (l'exemple devant en principe venir d'en haut ou du sommet de l'organigramme)⁶;
- le respect d'une attitude de concurrence saine et loyale dans les divers secteurs d'activité économique, comme par exemple celui des marchés publics qui est particulièrement exposé aux pratiques de corruption (cf. propositions 25 à 35 ci-dessous) et l'insertion systématique de clauses anti-corruption dans les appels d'offre;
- la transparence des sources de financement des partis politiques⁷ allée au plafonnement des dépenses électorales autorisées (cf. proposition 11 ci-dessous);

1. Zandari dans 1997-1998 nous avons mené une recherche intitulée *Processus de corruption en Suisse*, sous la direction de N. Quelet, M. Borghi et M.L. Casoni, qui a été financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (ENRS) dans le cadre du Programme national de recherche "Violence au quotidien et criminalité organisée". Cf. Quelet, N. et al., 2000.

2. Cf. Borghi, 1998.

3. Cf. par exemple Casoni, 1999.

4. C'est bien des principes fondamentaux des Etats de droit qui nous proposent de sur-accroître l'air s'appuyant sur quelle s'élèvent concrètement et quotidiennement.

5. Cf. par exemple OUIDE, 1999.

6. Dans notre recherche l'insertion de codes de conduite éthique est plénière, par exemple sur dix (cf. Volume 1). Nous nous sommes toutefois pour cette telle mesure ne s'est pas qu'un alibi ou un "tour de force" constant dans une organisation, comme il peut notamment le constater Lascaux et al. (1998).

7. Fauriol, S. Sabatier, 1998. Initialement, au sein du BKA. *Bundesvernehmlich* un assises global de prévention et de lutte contre la corruption au sein de la police suisse d'investigation.

8. Dans notre recherche, plus de dix fois les mandats sont favorables voire d'office réglementaire et de financement des partis politiques. Cf. Tableau 1.1. Il faut remarquer que la Suisse ne dispose pas de loi sur le financement des partis.

- la création d'autorités de contrôle financier indépendant du pouvoir politique et administratif, comme les cours des comptes (cf. proposition 3 ci-dessus même si son acceptabilité n'est pas encore très élevée en Suisse);
- la transparence des fonctions et mandats officiels de politiciens, magistrats, policiers, responsables administratifs et autres employés publics afin d'assurer leur indépendance, leur impartialité et de prévenir les conflits de mandats et conflits d'intérêts (cf. propositions 12 à 14 ci-dessus);
- la garantie de la primauté des critères de formation et de compétences lors des nominations (en fonction de couleur politique ou de relations personnelles) (cf. proposition 17 ci-dessus);

1.3. Prévention situationnelle

A ce niveau, les actions ont pour but de réduire les occasions et situations de corruption et d'accroître les contrôles et les coûts des pratiques de corruption⁹. Les efforts sont ici surtout d'ordre organisationnel et technique (de niveaux *méso-* et *micro* sociaux) et consistent en *mesures de sécurité* qui visent à évaluer, anticiper et restreindre les risques de corruption comme, par exemple:

- la limitation effective des risques de conflits d'intérêts, avec l'observation rigoureuse des règles sur les incompatibilités et les obligations de récusation, des règles limitant les conflits de fonctions ou de mandats et les liens excessifs entre les sphères politique, administrative et économique (cf. propositions 18 et 24 ci-dessus);
- la rotation régulière des personnes occupant les postes (aussi bien publics que privés) les plus exposés aux risques de corruption (cf. propositions 19 et 20 ci-dessus)¹⁰;
- les contrôles et supervisions plus intenses et sérieux des procédures et des acteurs de prise de décisions, des actions de réalisation de projets, des modes de facturation et de versements financiers (cf. proposition 21 ci-dessus)¹¹;
- dont une bonne illustration est le contrôle de la transparence et de l'application effective des règles des marchés publics, en évitant de tomber dans l'ornière d'une excessive complexité ou bureaucratie;
- l'interdiction de l'acceptation de tout avantage (pour soi ou pour un tiers) dans les statuts et contrats d'engagement (cf. propositions 22 et 40 à 42 ci-dessus).

⁹ Dans notre recherche, deux des 15 répondants ont eu l'idée d'établir une cour des comptes (cf. tableau 1) en lien officiel ou informel de son "souveraineté nationale" et la Cour des comptes cantonale suisse est un établissement de type d'organisation.

¹⁰ Cf. par exemple Savona (1995).

¹¹ Dans notre recherche, cette proposition partage les réponses (avec 11) d'opinions contraires, plus fortes encore dans le second panel de 1994 (deuxième période) avec une majorité favorable dans le premier panel (en faveur de la rigueur des procédures et la part de surveillance que la rotation impose et sans les arguments les plus convaincants).

¹² Cette Convention est citée dans le rapport des États membres (1999, p. 11).

¹³

1.4. Prévention individuelle

Tous les efforts mentionnés ci-dessus seraient vains s'ils ne sont pas, à la base, appuyés par des mesures *pro-actives* de socialisation des individus et des groupes (niveaux *méso* et *micro*-sociaux et culturels) en vue d'accroître les capacités de résistance ou de frein de *chaque citoyen* face à la corruption (auto-contrôle, prise de responsabilité, des efforts d'éducation, de formation continue et, d'une façon générale, de *sensibilisation éthique* sont au centre des propositions faites par les divers intervenants de notre recherche: ils doivent permettre de mobiliser les *facteurs de résistance* à la corruption).

2. Actions de riposte

En ce qui concerne les actions de riposte face à la corruption (à savoir de détection, d'enquête, de sanction et de réparation), nous rappellerons en résumé celles qui nous semblent essentielles pour pouvoir continuer (en Suisse en particulier) d'empêcher la systématisation de la corruption ainsi que son utilisation accrue dans le cadre de la criminalité économique et organisée.

2.1. Au niveau du droit ou de la législation, nous proposons:

- de traiter de façon identique la corruption publique et la corruption privée, les différences de traitement actuellement réservées à cette dernière (en Suisse au moins) ne conduisant qu'à la banaliser (cf. propositions 10, 31 et 43 ci-dessus). S'il est vrai que la symétrie n'est pas totale entre elles, il faut toutefois, d'une part, considérer leur interdépendance dans les *processus* de corruption et, d'autre part, cesser de s'en remettre naïvement au bon vouloir des milieux économiques et d'affaires pour réagir face à la corruption privée;
- de frapper de nullité absolue (dès le départ) les contrats subséquents attachés de corruption et de prévoir des sanctions et dédommagements en conséquence (cf. propositions 7 et 34 ci-dessus, ainsi que la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption)¹²;
- de renoncer à l'exigence de l'antériorité de l'offre ou de la sollicitation de l'avantage indu par rapport à l'acte ou à la décision de l'agent public, exigence qui empêche de prendre dûment en compte les récompenses ou cadeaux

de corruption postérieures à la violation des devoirs ou à la révoation du dérateur (cf. proposition 39 ci-dessous);

- d'incrétoire le trafic d'influence (cf. proposition 44 ci-dessous) et l'art. 12 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption;¹⁴
- d'instaurer une véritable responsabilité pénale des personnes morales, sociétés et entreprises (cf. propositions 33 et 45 ci-dessous, ainsi que les Conventions de l'OCDE¹⁵ et du Conseil de l'Europe sur la corruption)¹⁶.

2.2. Au niveau des instances de contrôle et de la justice, nous proposons:

- d'étendre la qualité pour agir en justice à des associations de défense d'intérêts publics, de citoyens ou d'usagers et de ne plus la limiter aux seuls lésés directs;
- de reconnaître l'obligation générale des agents publics de signaler tout soupçon de corruption au sein de leur office et celle des contrôleurs ou réviseurs au sein des institutions et des entreprises (cf. propositions 7 et 23 ci-dessous);
- d'accorder l'attention adéquate aux dénonciations (y compris anonymes) en matière de corruption et de criminalité économique¹⁷ (cf. propositions 2 et 50 ci-dessous);
- d'exiger des collectivités publiques qu'elles mènent effectivement toutes les actions judiciaires adéquates (administratives, civiles, pénales) contre les partenaires corrompus (cf. proposition 3 ci-dessous);
- d'obtenir le soutien essentiel de l'économie privée et du monde des affaires dans la mise en œuvre des mesures anti corruption (codes de conduite, contrôles, détection, sanctions, réparation)¹⁸;
- d'améliorer la collaboration et coordination multi disciplinaires des actions de contrôle, de dépistage et de sanction des cas de corruption entre les diverses instances (administratives, financières et judiciaires) concernées et d'inciter à des actes d'entraide internationale efficaces et sans entraves¹⁹ (cf. propositions 2, 1 et 48 ci-dessous);

- d'accorder un soutien politique et un appui financier déterminés en vue de renforcer les ressources humaines et matérielles de la justice ainsi que la formation spécialisée de ses divers professionnels: policiers, magistrats instructeurs, juges en matière de corruption, criminalité économique et criminalité organisée (cf. propositions 47 et 49 ci-dessous);
- de nier tout le parti adéquat de l'éventail des sanctions et mesures accessives offert par la législation en vigueur (cf. propositions 13 et 46 ci-dessous), en particulier comme les actions de confiscation des profits nets de la corruption et de la criminalité économique²⁰.

3. Conclusion

"C'est un travail de longue haleine. Il faudra sûrement une génération entière pour qu'on se rende compte de l'importance de la criminalité organisée et de la corruption, puis pour qu'on se dote des moyens nécessaires à une lutte efficace. Cette situation est comparable à celle de l'écologie..." (Berlousa in Robert, 1996, 123).

Il est indéniable que l'écart entre les valeurs et préceptes - dont relèvent nos propositions - et les attitudes et comportements concrets de la réalité quotidienne (notamment en matière de corruption) ne pourra être comblé que par une approche globale, une judicieuse intégration des actions de prévention et de sanction et, plus encore, par un changement important des mentalités des acteurs politiques, économiques et judiciaires.

Reste la question de savoir si, derrière les belles déclarations d'intention exprimées ces dernières années à la fois en hauts lieux politiques (ONU, sommets du G8, de l'OSCE, de l'UE) et économiques (Banque mondiale, FMI, OCDE), la volonté de passer aux actes de prévention et de réaction face à la corruption va se réaliser concrètement ?

14. Cette proposition est par exemple soutenue par une majorité (94%) des répondants de notre enquête (cf. Tableau 1).

15. Cette Convention a été ouverte à la signature des États membres en janvier 1997.

16. Convention de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée à Paris en décembre 1997 et entrée en vigueur en février 1999.

17. La Suisse, qui défend toujours le vieux principe d'apaise, est l'un des "acteurs de l'après-midi" et ainsi de apporter une réponse sur le point à la ratification de la Convention de l'OCDE.

18. Bergman (1996) appelle par exemple à une "lutte contre la corruption" à l'échelle mondiale, les enquêtes judiciaires pour corruption sont incertaines, car 70% des cas au pénal des États-Unis moins de 10% des cas sur les déclarations des accusés et plus de 90% des cas sont à des procédures administratives et un nombre d'autres incidents économiques se trouve dans les cours.

19. Bertolucci (1997) estime que les milieux économiques ne sont pas en mesure de contribuer à minimiser les risques juridiques, car ils sont la "silence" face à l'État, les médias et les entreprises déçoivent tous les jours, l'industrie ne réalise qu'environ 10% des coûts des cas et 10% des dommages, le système pénal et judiciaire international avec les acteurs des nations "faibles et faibles".

20. Peter D. Quinn & M. (1995) ont le plus radical, "il est préférable de passer de la "justice pénale" à l'"économie pénale" (1995, p. 100).

21. Cf. Classé (1996).

Tableau 1: Appréciation des mesures de prévention et de riposte face à la corruption répondus au questionnaire distribué en Vilnius dans le cadre de notre recherche

MESURES:	OUI	NON
a) Réviser régulièrement des personnes les plus exposées aux risques de corruption, aussi bien dans l'administration que dans les entreprises (n=59) Secteur public: Secteur privé:	49 % 55 % 41 %	51 % 45 % 59 %
b) Améliorer la supervision des procédures et des personnes (n=63) Secteur public: Secteur privé:	81 % 72 % 92 %	19 % 28 % 8 %
c) Instaurer une <i>causa des comptes</i> (n=60)	33 %	67 %
d) Adopter un nouveau mode d'élection des magistrats de l'ordre judiciaire (n=62)	45 %	55 %
e) Réglementer clairement le financement des partis politiques (n=62) Secteur public: Secteur privé:	68 % 74 % 64 %	32 % 26 % 36 %
f) Interdire l'accès aux marchés publics aux entreprises qui ne respectent pas les lois (n=60)	93 %	7 %
g) Adopter des codes de conduite éthique dans les administrations et les entreprises (n=63) Secteur public: Secteur privé:	89 % 84 % 92 %	11 % 16 % 8 %
h) Les pratiques de copinage, de clientélisme ou de trafic d'influence font-elles partie de la corruption ? (n=62) Ces pratiques sont éthiquement et juridiquement acceptables: Ces pratiques sont éthiquement inacceptables, mais juridiquement acceptables: Ces pratiques sont éthiquement et juridiquement inacceptables et doivent donc être sanctionnées:	76,5 % 3 % 43 % 54 %	23,5 %

50 PROPOSITIONS POUR UNE STRATÉGIE INTÉGRÉE DE PRÉVENTION ET DE RIPOSTE FACE À LA CORRUPTION

Marco BORGHI et Nicolas QUELOZ²²

A. Mesures de caractère général

- Chaque autorité et chacun de ses membres deviennent, dans les limites de ses compétences, formuler l'hypothèse de la corruption lorsqu'il s'agit de contrôler l'activité de personnes exposées à un conflit d'intérêts virtuel.
- Lors de la découverte d'un cas de corruption, toutes les autorités compétentes, en se coordonnant mais en tout cas en évitant les conflits de compétence négatifs, doivent procéder à des contrôles dits "en spirale": elles devraient en général accorder une attention accrue aussi aux dénonciations anonymes.
- Instituer, aux niveaux national et local, de Cours des comptes indépendantes du pouvoir politique et attribuer à ces juridictions financières des compétences spéciales en matière de corruption.
- Réorganiser les organes d'enquête et de répression administratifs et financiers, afin d'assurer une utilisation efficace et rationnelle des ressources (qui sont aujourd'hui fragmentées et dispersées au niveau local), en particulier par l'insitution d'unités mobiles et multidisciplinaires spécialisées dans la lutte contre la corruption et la détection de celles-ci, spécialement chargées d'effectuer des contrôles selon un système d'échantillonnage aléatoire dans le domaine du bâtiment.

²² Voir aussi les 50 propositions de mesures en page 10. Pour plus de détails, consultez les propositions méthodologiques.

5. Les collectivités publiques doivent recourir effectivement et sans aucune exception à toutes les actions judiciaires, civiles, pénales, administratives contre les corrupteurs et les corrompus. La qualité pour agir doit être étendue à des organisations appartenant à la société civile.
6. Dans le domaine bancaire, les autorités de surveillance doivent édicter et appliquer le principe d'activité irréprochable à la participation directe ou indirecte des banques à toute activité de corruption publique ou privée de leurs clients, même à l'étranger.
7. Le droit des obligations doit frapper de nullité absolue les contrats subséquents entachés de corruption. Le droit commercial doit prévoir des responsabilités de contrôle et de dénonciation accrues pour les réviseurs.
8. La législation concernant l'utilisation du sol doit prévoir la compensation pérenne pour toute mesure générant des plus-values dont bénéficieraient des particuliers (compensation à la charge de ces derniers et non pas des collectivités).
9. Le droit fiscal doit être réformé de manière cohérente, visant non seulement à supprimer la possibilité pour les entreprises de déduire de leur revenu les commissions occultes versées à des personnes exerçant des fonctions publiques, mais aussi les autres avantages liés à la corruption privée et au financement des partis politiques.
10. La législation sur la concurrence doit être modifiée afin de permettre aux commissions de la concurrence d'infliger des sanctions pénales dissuasives et d'effectuer les enquêtes nécessaires notamment contre les entreprises ayant conclu des accords cartellaires illicites.

B. Mesures législatives concernant l'institutionnalisation du pouvoir et les agents publics et prévoyant:

- 11 un plafonnement des dépenses électorales autorisées et un certain encadrement des ressources des acteurs de la vie politique (dans l'optique de la transparence des sources de financement et de l'indépendance des décisions politiques);
- 12 des procédures de nomination des magistrats judiciaires garantissant de manière accrue leur indépendance face au pouvoir politique, incluant également l'introduction d'incompatibilités entre la fonction de magistrat et les charges politiques électorales des autres niveaux étagés;
- 13 des mesures assurant la transparence des activités économiques exercées par les députés pour le compte de l'Etat (notamment par la publication annuelle des mandats attribués par les collectivités publiques sans un concours public);
- 14 des mesures assurant la transparence des intérêts particuliers, financiers et économiques auxquels des candidats à des élections politiques sont juridiquement, voire moralement liés et le devoir pour les députés élus de se récuser si ces intérêts sont susceptibles d'être en contradiction avec ceux de la collectivité qu'ils représentent. De plus, une véritable règle d'incompatibilité doit être instituée, règle prévoyant que les députés ne peuvent accepter des mandats de riers relevant dans les compétences de l'organe auquel ils appartiennent. Ce devoir s'applique à toutes les phases d'élaboration des actes étagés;
- 15 la sanction de l'inéligibilité à des fonctions politiques pour les personnes condamnées pour des infractions relevant de règles destinées à prévenir la corruption;
- 16 la création d'un contrôle populaire concernant les dépenses publiques par l'institution ou l'extension du référendum financier et administratif;
- 17 la dépolitisation de l'administration ("*lottizzazione*"), notamment par la définition de critères de nomination des fonctionnaires excluant l'appartenance politique des candidats;
- 18 l'introduction d'un contrôle du patrimoine et du train de vie ainsi que des liaisons personnelles et familiales des agents publics participant aux processus décisionnels les plus sensibles à la corruption;
- 19 la rotation du personnel recouvrant des fonctions particulièrement vulnérables à la corruption;
- 20 une mesure alternative (au moins partiellement) à la rotation du personnel consiste dans un système matriciel de composition des groupes de fonctionnaires chargés des décisions exposées aux risques de corruption, les participants à un processus décisionnel devant appartenir à des unités administratives différentes;
- 21 l'application rigoureuse du principe de la signature collective, afin de responsabiliser chaque fonctionnaire participant aux processus décisionnels;
- 22 l'interdiction formelle pour les agents publics d'accepter et l'obligation d'annoncer au supérieur hiérarchique toute offre de dons et tout avantage occulte indirect;
- 23 l'obligation générale et formelle pour les agents publics de signaler à la direction de leur service tout

soupçon de corruption concernant leurs collègues ou les administrés sur l'obligation pour la direction d'effectuer une enquête autonome approfondie et de dénoncer les faits constatés aux autorités pénales. Le respect de cette obligation ne doit causer aucun préjudice à l'agent public qui a respecté son obligation, même si le soupçon s'avère non fondé.

- 24 la détermination rigoureuse et élargie des cas d'incompatibilité excluant en principe la possibilité d'autorisations exceptionnelles; pour les agents publics avant des compétences décisionnelles, avec l'exercice d'activités privées ou publiques accessoires pouvant donner lieu à des conflits d'intérêts (y compris, dans ce cadre, l'étude de mesures contre le "pantouflage"); en particulier, l'agent public, avant qu'il ait quitté sa fonction ne doit pas être autorisé à entretenir des relations professionnelles avec ses anciens collègues; une clause prévoyant cette interdiction pourrait figurer dans le contrat de nomination ou d'engagement et devrait être prévue par une base légale spéciale.

C. Mesures concernant spécifiquement les marchés publics

- 1 L'extension de la notion de marché public (incluant par ex. l'achat de concession) et des possibilités de recours à des procédures ouvertes pour l'attribution des mandats publics (les autres formes de procédure étant des exceptions), notamment par le choix de seuils adéquats.
- 2 Le recours à des appels d'offres sur performance (dont la valeur objective sera évaluée par un service technique indépendant) et le recours à des obligations de résultat plutôt que de moyen pour les soumissionnaires.
- 3 La définition précise et irréversible dans l'appel d'offre de l'ouvrage ou des prestations à fournir.
- 4 Le recours plus fréquent à l'adjudication au plus offrant et/ou à un système définissant par avance et de manière précise les critères d'adjudication et leur ordre d'importance.
- 5 L'interdiction généralisée de toute interaction entre décideurs et soumissionnaires, notamment de la négociabilité des prix et des autres conditions.
- 6 L'obligation systématique de procéder à l'ouverture publique des offres.
- 7 L'introduction d'une infraction pénale réprimant spécifiquement les ententes entre soumissionnaires.

- 8 La séparation stricte des compétences dans les diverses phases de la procédure d'adjudication jusqu'à la vérification de l'exécution des travaux, y compris le rigoureux contrôle des décomptes.
- 9 L'exclusion définitive de tout marché public, l'interdiction d'accès aux subventions, aux crédits d'exportation, etc., de toute entreprise ayant participé à des actes de corruption; l'exclusion doit être publiée dans les revues officielles spécialisées.
- 10 L'insertion de clauses anti corruption dans les appels d'offres, afin d'infliger des peines conventionnelles très sévères si des actes de corruption sont découverts.
- 11 Une obligation de transparence accrue en ce qui concerne la motivation des choix des autorités adjudicatrices et le droit des soumissionnaires évincés d'en recevoir communication sous forme de décision formelle.

D. Mesures de droit pénal

- 12 Le bien juridique en jeu en matière de corruption ne se résume pas à la protection de la libre concurrence; il en va, plus fondamentalement, de la garantie de l'objectivité et de l'impartialité des décisions et activités publiques et cela doit être souligné.
- 13 Les qualificatifs de corruption "active" et "passive" sont aujourd'hui non seulement dépassés, mais inadéquats; ils doivent être supprimés, notamment parce qu'ils reproduisent une représentation stéréotypée des rapports corrompus et relèvent d'un jugement de valeur (comme si le "bon" agent public ne pouvait être que la victime d'un "mauvais" tiers corrompeur).
- 14 De même, l'incrimination récente de la corruption d'agents publics étrangers ne doit pas se limiter à sanctionner le fait du tiers ou du particulier, mais également le fait de la personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale.
- 15 En conformité avec le principe de la légalité, l'incrimination de la corruption d'agents publics doit maintenir l'exigence d'un rapport d'équivalence entre l'avantage indu et un acte déterminé ou déterminable d'un agent public, en relation avec son activité officielle. En revanche, elle doit supprimer toute exigence d'antériorité de l'offre ou de la sollicitation de l'avantage par rapport à l'acte officiel (que ce dernier soit contraire ou conforme aux devoirs de la charge); elle doit donc sanctionner également les cadeaux ou récompenses postérieurs à cet acte.
- 16 L'interdiction de toute acceptation d'avantage doit être clairement établie dans les statuts ou règlements

de service fédéraux, cantonaux et communaux) et une totale transparence doit prévaloir à ce sujet.

- 17 En ce sens, la référence centrale aux avantages admis par les "usages sociaux" doit être écartée et remplacée par la prise en compte à la fois de l'intention des parties et de la valeur matérielle des avantages en jeu.
- 18 Tous les dons et autres avantages offerts à ou sollicités pour des fins familiales, relations, prêts politiques, etc. doivent être explicitement interdits.
- 19 La corruption privée ne doit faire l'objet ni d'une attention moindre, ni d'un traitement pénal plus favorable que ceux qui sont réservés à la corruption publique.
- 20 Le trafic d'influence (pour l'heure complètement ignoré du droit pénal suisse) doit être érigé en infraction conformément à la Convention pénale du Conseil de l'Europe relative à la corruption. Corruption privée et trafic d'influence font partie intégrante des processus de corruption.
- 21 Le législateur suisse doit enfin se faire à l'idée qu'une société peut commettre des infractions: en ce sens, la responsabilité pénale des personnes morales, sociétés et entreprises doit être prévue parmi les principes généraux du droit pénal et elle doit être assortie de sanctions efficaces: non seulement des peines pécuniaires, mais également la suspension, voire l'exclusion de l'accès aux marchés et crédits publics.

E. Mesures concernant la justice

- 22 Il importe que les tribunaux fassent un usage approprié des sanctions et mesures accessoires déjà inscrites dans le droit pénal (notamment: interdiction d'exercer une charge, fonction ou profession; confiscation de valeurs patrimoniales provenant de la corruption; allocation aux lésés; publication du jugement; leur portée non seulement réactive, mais également préventive voire réparatrice peut se révéler en effet bien plus efficace que certaines peines principales).
- 23 Pour soutenir le travail des magistrats, il est indispensable de donner les moyens nécessaires à la justice, en temps ainsi qu'en ressources humaines et matérielles, ce qui démontrera la volonté politique de permettre à la justice de démanteler l'écheveau souvent compliqué des cas de corruption, surtout lorsqu'elle est liée à la criminalité économique ou à la criminalité organisée.

24 De même, il importe que les responsables politiques ainsi que tous les membres de la justice accordent à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale toute l'attention qu'elle mérite et admettent qu'elle ait lieu de façon directe et sans obstacles inutiles entre les magistrats eux-mêmes.

25 Une formation de base et une spécialisation continue des magistrats chargés des affaires de criminalité économique et de corruption est indispensable.

26 Enfin, il faut que la justice accorde toute l'attention nécessaire aux dénonciations qui lui parviennent en matière de corruption et prenne alors tous les renseignements raisonnables pour éclaircir les questions qu'elles posent, sans considérer a priori que ce sont les dénonciateurs eux-mêmes qui sont des gens suspects.

Nicolas QULLOZ

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse)¹¹

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BERNASCONI P., *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, La Città del Sole, 1995.
- BORGHI M., *Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse*, in Borghi M., Meyer Bisch P. (Eds.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1995, 3-33.
- CASSANI U., *Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale*, in Baulhofer S., Queloz N., Wyss E. (Eds.), *Wirtschaftskriminalität - Criminalité économique*, 1999, 257-288.
- CENTRE D'ETUDE POUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE PÉNALE. J.T. TENANCIÈRE, *Corruption de fonctionnaires et fraude européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- CLSONI M.L., *Organisations de type mafieux: la restauration des droits comme politique de prévention*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, 3, 303-324.

¹¹ *«L'importance de la coopération internationale en matière pénale est la première et la plus évidente, mais elle doit être complétée par des actions à double effet d'intensification dans ce qui concerne notamment:*

¹² *Institut de droit pénal, Université de Fribourg, Av. de la Couraie 11, CH - 1700 Fribourg, Suisse et ses dérivés, ainsi que www.unifr.ch.*

FRANCE LE RENFORCEMENT DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE DANS LA PROCEDURE PENALE FRANCAISE

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence¹ et l'indemnisation des victimes réforme un certain nombre de dispositions de procédure pénale. Ce projet, d'origine gouvernementale, a été enrichi au cours des travaux parlementaires de nombreuses innovations transformant parfois radicalement la procédure criminelle. Ainsi, après deux siècles d'hésitations, est adopté l'appel des décisions criminelles par les articles 81 et suivants de la loi qui insère les articles 380-1 à 380-15 nouveaux dans le code de procédure pénale. Est également prévue par les articles 626-1 à 626-7 nouveaux du code la possibilité de réviser une condamnation pénale en cas de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, l'essentiel des dispositions législatives renforcent les droits de la défense (I) et protègent la réputation de la personne (II).

I. Le développement des droits de la défense

Le projet de loi propose de renforcer les droits des parties privées au procès, c'est-à-dire la personne mise en examen et la partie civile. Ainsi, la loi reconnaît la possibilité pour les parties de demander au juge d'instruction d'effectuer tous les actes qu'elles estiment nécessaires à la manifestation de la vérité. Leurs avocats pourront assister à l'accomplissement de ces actes. Cette réforme s'inscrit dans le cadre du développement des droits des parties privées qui a débuté par la reconnaissance du droit de l'arresté d'être présent dans le cabinet d'instruction lors des interrogatoires ainsi que l'accès au dossier de la procédure par la loi du 8 décembre 1897. La partie privée est désormais considérée comme un véritable partenaire œuvrant à la recherche de la vérité. En outre, la plupart des droits de la personne mise en examen sont reconnus au témoin assisté défini par le Sénat comme " toute personne ayant été mise en cause par un témoin ou une victime ou contre laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé à l'infraction "

- HUBERTS J., What can be done against public corruption and trade: expert views on strategies to protect public integrity, *Crime, Law and Social Change*, 1998, 29, 209-224.
- LASCOURNES P., Régulations professionnelles au-delà ou en deçà du droit ? Chartes éthiques et codes de bonne conduite, *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, 2, 109-119.
- OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), *La corruption dans le secteur public. Panorama international des mesures de prévention*, Paris, Editions de l'OCDE, 1999.
- PERDUCA A., Ramael P., *Le crime international et la justice*, Paris, Flammarion, 1998.
- PUCHIMM, EIGEN P. (Hrsg.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Neuwied/Basel, Neuchterhand/Helbing & Lichtenhahn, 1999.
- POERTING P., VAHLINKAMP W., Internal strategies against corruption: Guidelines for preventing and combating corruption in police authorities, *Crime, Law and Social Change*, 1998, 29, 225-249.
- QUELOZ N., La corruption en Suisse, une plaisanterie ? in Blundo G. (sous la direction de), *Monnaier les pouvoirs. Espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, Genève/Paris, Nouveaux Cahiers de l'UEJ et PUF, 2000, no 9, 177-194.
- QUELOZ N., BORGHI M., CESONI M.L., avec la collaboration de BALMEHLI T., BOGGIO Y., SARDI M., SZOMBATH L., *Processus de corruption en Suisse*, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000 (à paraître).
- ROBERT D., *La justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996.
- RUGEMER W., La justice allemande et la corruption, *Déviance et Société*, 1996, 3, 275-289.
- SWONA L., Beyond criminal law in devising anti-corruption policies, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1995, vol. 3, n. 2, 21-35.

¹ <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Mais, le renforcement apparaît principalement lors des mesures privatives de liberté du présumé innocent, la garde à vue et la détention provisoire.

A. Une garde à vue encadrée et contrôlée

Une des principales innovations de la loi est de prévoir le droit pour une personne gardée à vue, dans les affaires de droit commun, d'avoir un entretien avec un avocat dès la première heure¹, à la vingtième heure ainsi que douze heures après la prolongation de la mesure et non plus exclusivement à la vingtième heure.

En outre, l'article 5 de la loi prévoit que la personne est informée de son droit de garder le silence.

L'adoption du projet de loi a été retardée en raison des divergences entre les deux Assemblées au sujet des interrogatoires lors de la garde à vue. En seconde lecture, l'Assemblée Nationale a ainsi adopté à l'unanimité une disposition élargissant l'enregistrement des interrogatoires lors de la garde à vue des mineurs, comme le prévoyait le projet gouvernemental, à l'ensemble des justiciables. Le Sénat s'y est opposé et il a fallu amender la réunion d'une Commission mixte paritaire pour que la question soit tranchée dans le sens d'une expérimentation de la mesure auprès des mineurs². Cette disposition vise à s'assurer que des aveux ont bien eu lieu lorsqu'a posteriori la personne mis en cause les conteste. Mais, elle aura aussi pour effet de contrôler les interrogatoires qui peuvent, parfois, donner lieu à des abus.

B. Une détention provisoire limitée

La loi crée un juge des libertés et de la détention. Cette dénomination s'inspire de celle de "juge des libertés" préconisée par la Commission "Justice pénale et droits de l'homme"³ ainsi que celle de "juge de la détention" retenue dans un premier temps par l'Assemblée nationale.

Le juge décidera, sur la demande du juge d'instruction, de placer la personne mise en examen en détention provisoire. Si une personne placée en détention provisoire souhaite être remise en liberté, elle devra en faire la

demande au juge d'instruction qui, comme à l'heure actuelle, pourra décider de la remise en liberté. L'innovation réside dans le fait qu'en cas de refus, le juge de la détention provisoire pourra mettre fin à la mesure.

Il en résulte donc que si deux juges sont nécessaires pour placer en détention, un seul suffit à mettre en liberté.

Certaines critiques ont été formulées au sujet de cette mesure. En effet, elle suppose que le juge des libertés et de la détention provisoire s'informe de façon complète sur le dossier de la procédure. En outre, une interrogation est posée, en quoi la décision du juge des libertés et de la détention sera-t-elle plus garante du respect de la liberté individuelle⁴ ?

En outre, l'article 72 de la loi crée une commission de suivi de la détention provisoire auprès du ministre de la justice composée de membres du Parlement et de praticiens du droit chargée de suivre l'évolution de la détention provisoire et d'établir une synthèse des décisions d'indemnisations de la détention provisoire.

D'autres dispositions visent à renforcer les droits de la défense, notamment l'article 41 de la loi qui prévoit une protection spécifique pour les avocats. Ainsi, en cas de perquisition, "le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière". La contestation sur la validité de la saisie sera ensuite tranchée par le juge des libertés et de la détention.

Par l'amélioration des droits de la défense, le législateur vise à renforcer la présomption d'innocence et plus largement la réparation de la personne mise en cause.

II. La protection de la réputation

La loi vise à améliorer le respect de la réputation des personnes concernées par l'infraction pénale par l'inscription d'un article préliminaire dans le code de procédure pénale qui rappelle les principaux principes régissant la matière ainsi qu'en modifiant les rapports entre la presse et la justice.

1 Cette possibilité avait déjà été reconnue par la loi du 4 janvier 1978 mais la loi du 21 août 1997 était restée sur cette disposition.

2 Avec l'article 14 de la loi précitée l'enregistrement des interrogatoires des mineurs placés en garde à vue.

3 Pour une illustration dans ce cas extrême voir l'article 41 sur le crime de France du 28 juillet 1998 provoqué par une condamnation de la Cour pour crimes en 3. C.E.S.D.H., *Rev. de droit*, 1999, pp. 491-494, note MASSIAS E.

4 *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, La documentation française, Paris, 1991, 224 p.

5 Citation faite notamment lors du colloque organisé par l'Association nationale de la magistrature et l'Ordre des avocats au Barreau de Paris, les 15 et 16^{es} avril 1999, pp. 65-71, voir en outre BENEZOUËCHE M. J.

A. L'affirmation dogmatique des " principes cardinaux " de la procédure pénale

Selon l'exposé des motifs de la loi : " la présomption d'innocence constitue un principe cardinal de la procédure pénale dans un Etat de droit... Les autres principes directeurs qui gouvernent la procédure pénale sont la conséquence du principe de la présomption d'innocence ". Un article préliminaire réunit les différents principes directeurs régissant la procédure pénale qui sont éparpillés dans de nombreux textes : " même si certains praticiens dénoncent son inutilité ". Parmi ces principes figurent outre la présomption d'innocence, le caractère contradictoire et équitable de la procédure, la séparation des autorités de poursuite et de jugement, le délai raisonnable et le droit de faire " examiner sa condamnation par une autre juridiction ". Ces principes s'inspirent directement de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence rendue sur ce fondement.

La loi reprend chacun de ces principes affaiblis pour prévoir des règles qui en garantissent de façon plus efficace le respect. L'article 91 de la loi modifie la rédaction de l'article 91 du code civil qui garantit le respect de la présomption d'innocence en élargissant son champ d'application à toute la période de l'enquête et de l'instruction. Cette disposition est complétée par des infractions spécifiques en droit de la presse.

B. L'adaptation pragmatique des dispositions pénales au traitement des affaires pénales par la presse

La nouvelle législation tient compte des modifications dans le traitement des affaires pénales par les médias. Ainsi, elle limite les abus de la presse tout en reconnaissant des possibilités de publicité dans le cadre de l'instruction préparatoire.

Lors de l'affaire Roman, un hebdomadaire avait invité ses lecteurs à voter pour connaître leur opinion sur la culpabilité de Richard Roman. La loi interdit désormais toute forme de sondage sur la culpabilité des personnes ainsi que toute indication permettant d'avoir accès à un tel sondage. Mais, il semble que dès avant la loi, les médias aient trouvé le parade en organisant des sondages

sur la nécessité de la personne mise en cause de démissionner de ses fonctions publiques.

Il est également interdit par l'article 35 ter nouveau de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 de diffuser l'image d'une personne portant des menottes ou entravée ou placée en détention provisoire. Quelques critiques sont formulées sur cette disposition, car il serait peut être plus utile de limiter encore plus les possibilités de mettre des menottes sur des personnes... présumées innocentes.

Quant aux victimes, la loi interdit de diffuser leur image si celle-ci porte atteinte à leur vie privée ou à leur dignité.

La loi octroie la faculté, pour le Parquet, de publier un droit de réponse en cas d'information sur des affaires en cours d'instruction. Cette disposition reprend et complète donc les circulaires qui limitait la règle du secret de l'enquête et de l'instruction.

Le secret est tempéré par l'ouverture de nouvelles " fenêtres de publicité ". Ainsi désormais, les audiences sur la détention devant le juge pourront être rendues publiques. Il en est de même pour les audiences devant la Chambre de l'instruction.

Le projet a développé de nouveaux aspects au cours des travaux préparatoires relatives à des questions précises de procédure : ainsi en est-il par exemple de la " judiciarisation " de l'application des peines et du problème controversé de la responsabilité des élus locaux. La discussion a donc eu pour effet d'inciter un grand nombre de parlementaires de s'interroger sur la procédure pénale française et de réclamer des réformes en profondeur qui pourraient s'inspirer du " Corpus Juris " et de prévoir, ainsi une procédure capable d'intégrer cet instrument sans modification substantielle de la procédure interne.

Mikaël BENJOUICHE

1. TURLEY V., CHRISTOL G. et PUCHER O. " Le selfie dans le débat ". *Jurimétriques*, 1998, n°115, en 1-2.

2. JEAN LUC " De la procédure inquisitoire à la procédure accusatoire ou la comédie de la mise en scène des affaires pénales de Madame Guerin ". *Gen. Méd.*, 1998, 2, pp. 13-24-32.

3. Voir notamment, *Le Juge*, n° 199, pp. 1-98.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES DANS UN ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN : LES PROPOSITIONS RELATIVES DU CORPUS JURIS

Les voies déjà explorées au cours des dix dernières années pour la protection des intérêts financiers de la Communauté se sont avérées inefficaces à combattre les différents types de fraudes commises au détriment du budget communautaire. Les instruments adoptés jusqu'à présent étaient principalement d'une part, le règlement du 18 décembre 1993 (2938/1993), prévoyant des sanctions administratives et d'autre part, la Convention du 26 juillet 1995 (avec ses deux protocoles additionnels) prévoyant des sanctions pénales.

Les sanctions administratives prévues par le règlement étaient adressées tant aux personnes physiques que morales ayant commis une irrégularité intentionnelle ou par négligence (art.5 et 7), alors que la Convention prévoyait la possibilité pour les Etats membres de déclarer responsables pénalement des chefs d'entreprise en cas de fraude commise au préjudice des intérêts financiers de la Communauté (art.35).

Ainsi, se dessinait une double responsabilité pénale et administrative des personnes morales et physiques tant sur le plan national que communautaire. Pourtant la Convention n'a jamais été mise en application, puisque comme instrument du troisième pilier, nécessitant la ratification de tous les pays membres, ce qui n'a jamais été fait.

Quant au règlement, dans son article 6 par 1, il prévoyait la possibilité seulement de l'application du principe *non bis in idem* entre sanctions administratives et

pénales nationales portant sur les mêmes faits. Disposant que "l'autorité administrative veille à ce que soit appliquée une sanction équivalant au moins à celle prescrite par la réglementation communautaire, *pourant* tenir compte de toute sanction imposée par l'autorité judiciaire pour les mêmes faits à la même personne", le règlement ne rendait pas obligatoire l'application du principe *non bis in idem* entre autorités d'ordre différent.

Ainsi, à part les sanctions administratives communautaires, pouvant être directement imposées par la Commission, il était possible de voir un cumul théoriquement réalisable entre sanctions pénales nationales et sanctions administratives communautaires conduisant à l'imposition des sanctions lourdes.

On pourrait aussi observer un autre type de cumul des sanctions pour les mêmes faits -mais non à la même personne- quand par ex., la personne morale se voit infligée une peine, et le dirigeant de la personne morale, disons d'une société anonyme, se soumet également à la contrainte par corps pour la partie administrative de la responsabilité de la personne morale, ainsi qu'à une sanction pénale pour sa propre responsabilité pénale.

Néanmoins, sans établir vraiment un bilan sur l'efficacité du règlement sur les sanctions administratives mais jugé, a priori, inefficace probablement parce qu'il prévoyait des sanctions punitives uniquement - la voie administrative comme réponse verticale contre la fraude a été abandonnée. Considérée comme seule voie

1. Le premier protocole additionnel à la Convention introduisait des dispositions sur la corruption passive active des fonctionnaires (art.C.21.60) de 1993 (1996). Le second protocole additionnel à la Convention (9.10.1995) tendait à établir la responsabilité pénale des personnes morales (art.2) et à prévoir la même tenue une responsabilité pénale simplifiée de la personne morale trouvant application dans les situations où une autre quelconque serait portée aux infractions commises des Communautés, sans être constituée de la sanction d'une infraction pénale (art.3).

2. Voir séminaire sur "La responsabilité pénale dans l'entreprise vers un espace judiciaire européen unifié", organisée à Paris le 14-12-1998 par l'ARPE sous le haut patronage de la Commission européenne.

3. Selon le droit belge, qui a constitué par corps, pour un extrait, contre le représentant d'une société anonyme pour des crimes de base selon l'application des centres publics de la sécurité sociale de la personne morale, pour un montant de moins d'un million de francs, la contrainte par corps administrative par le CEFU d'une sanction pénale dans son art.14a(1). *Journal de Droit* du 8-1-1995. Il faut aussi noter que la soumission d'une déclaration fiscale fautive ou mensonge constitue une infraction pénale (art.14b), néerlandaise. De cette façon le dirigeant d'une société peut se voir infliger un mois de prison administrative mais aussi peut être puni comme dirigeant de la société qui a fraudé, une sanction et sa propre responsabilité pénale. En outre, une troisième voie de sanction des moyens de verser le montant de la fraude si son exonération à la contrainte par corps est suspendue sur les faits de fraude présumés contre la manifestation. Voir aussi SYMONEU ANDROULAKIS, *La responsabilité de personnes morales* (Paris) et *La responsabilité communautaire de personnes morales* (Paris), 1997, p.74.

adéquaire, la voie de l'unification a semblé alors se dessiner. La Commission a entrepris l'œuvre de rechercher les possibilités de création d'un seul espace judiciaire européen par la constitution d'un ministère public européen, compétent sur tout le territoire de l'Union. La recherche conduite à un groupe d'experts a fini par établir le Corpus Juris¹, dont le premier projet a été rédigé en 1996² et le second en 1999³.

Le Corpus Juris introduit par ses propositions des dispositions pénales pour la création d'un espace judiciaire unifié, afin de mieux combattre les fraudes connues au détriment du budget communautaire. La répression pénale est verticalisée et le principe de la culpabilité est retenu pour la fraude commise tant par intention que par négligence, contrairement à la Convention PIF, qui prévoyait la punition seule de la fraude commise par intention. Il faut noter que le degré de culpabilité nécessaire pour toutes les infractions présumées par le Corpus est toujours le dol, sauf pour la fraude contre le budget communautaire qui peut être aussi commise par négligence.

Le Corpus propose – entre autres – la responsabilité pénale des personnes morales parallèlement à celle des dirigeants ou cadres des entreprises impliquées. Le Corpus tend à trouver une réponse à la question de savoir si le dirigeant de l'entreprise doit toujours être réprimé et, si oui, sous quelles conditions une délégation des pouvoirs et devoirs doit avoir un effet exoneratoire pour le déléguant. L'adoption de la responsabilité pénale des groupements ayant un patrimoine autonome, a été considérée par les rédacteurs du Corpus, comme nécessaire pour faire face aux exigences de la vie des affaires, ainsi qu'aux solutions modernes envisagées dans les ordres juridiques nationaux et à l'échelle communautaire.

D'ailleurs, un tel système de responsabilité a déjà été adopté par le droit national de certains pays (p.ex. France, Pays Bas, Royaume Uni) et n'a posé aucun problème.

Le Corpus dans son article 13 (ancien article 14 dans le premier projet, mais dont le texte ne fut pas modifié), prévoit que:

"1. Sont également responsables des infractions déjantées ci-dessus (art.1) à S: les groupements ayant la personnalité morale, ainsi que ceux ayant la qualité de sujet de droit et étant titulaires d'un patrimoine autonome lorsque l'infraction a été réalisée pour le compte du groupement par un organe, ou représentant ou toute personne agissant en son nom ou ayant un pouvoir de décision, de droit ou de fait.

"2- La responsabilité pénale des groupements n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs, instigateurs ou complices des mêmes faits".

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques responsables pour les mêmes faits, mais celle-ci passe en second plan, sans pour autant exclure l'éventuel cumul des responsabilités si l'infraction a été commise par la personne physique pour le compte de la personne morale.

La sanction principale prévue contre les personnes morales – est, selon l'art.14 du Corpus (ancien article 9), l'amende jusqu'à dix millions d'Euros⁴. Des peines complémentaires peuvent également être imposées pour des raisons d'intérêt public tant contre les personnes morales que physiques. Celles-ci consistent à la publication de l'arrêt de condamnation, à l'exclusion des subventions futures ou des marchés futurs pour cinq ans au plus (pour la fraude contre le budget communautaire ou en matière de passation des marchés prévues dans les art.1 et 2) et à l'interdiction de la fonction publique communautaire et nationale pour une durée de cinq ans au plus pour les infractions décrites aux articles 3 à 6 du Corpus (blanchiment et recel, association des malfaiteurs, corruption et malversation). Intéressante provision celle du paragraphe 4 de l'art.14, qui veut la confiscation des moyens et produits du crime s'appliquant matériellement, c'est à dire même en cas d'absence d'élément moral.

Il faut noter que la discussion sur l'acceptation ou pas de la responsabilité pénale des groupements parmi les rédacteurs du Corpus fut forte et avec beaucoup de divergences. Cela était dû principalement au fait qu'il y a d'une part des systèmes qui reconnaissent la responsabi-

1. Considérant que le Corpus Juris est déjà connu étant donné que plusieurs articles de l'ACON y ont été cités jusqu'à présent, nous nous concentrons ici sur les directions des propositions concernant la responsabilité pénale des personnes morales.

2. M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de la union européenne*, La. Economica, 1996.

3. M. DELMAS-MARTY, Rapport général du 30/01/1999, "Nécessaire législatif et juridique du Corpus Juris".

4. Le système prévoit des peines même inférieures contre les personnes physiques variées entre la peine effective de 10 ans au plus et un amende de 10 millions plus 1000 Euros par jour et les jours-amendes au total.

5. Dans la première version du Corpus les peines prévues contre les personnes morales étaient la mise en surveillance judiciaire pour une durée de cinq ans au plus ou la confiscation de biens à un million d'Euros.

MAILING AGON

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

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

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

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

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

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

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



Nom / Name :

Prénom / First Name :

Adresse / Address :

☉ :

Tax :

Date :

Signature

CONTENTS

2

The European Union membership and Finnish criminal justice and criminal policy
Raisa LAHTI

6

Pour une stratégie intégrée de prévention et de répression face à la corruption
Marco FORGHI et Nicolas QUELLOZ

13

Le renforcement de la présence et d'influence dans la procédure pénale française
Mikael BENILLOUCHE

16

La responsabilité pénale des personnes morales dans un espace judiciaire européen : les propositions relatives au corps de juris
Athanasia SKIOTOU-ANDROULAKIS

19

Bibliographie de corpus juris

Adresse de la rédaction

Luc Bihain,
Rédacteur en chef
Faculté de droit
Doyenné du Recueil n° 1
B-31
B-4000 Liège
Phone : 32 (0) 4 366 31 44
Fax : 32 (0) 4 366 31 44
e-mail : L.Bihain@ulg.ac.be

Correspondant pour la Commission européenne

F. de Vaele, Directeur
Service juridique Représentation
Rue de la Loi, 201
B-1049 Bruxelles