

DATA PROTECTION AND THE PROTECTION OF THE FINANCIAL INTERESTS

2

This paper is intended to open up a discussion on the subject of data protection in the context of the protection of the financial interests of the European Community. It is not possible here to give a detailed exposé. Data protection appears as a legal minefield, and it is only possible here to flag an issue.

One pre-requisite to the effective protection of the financial interests is an effective system of data protection. The jurisprudence of the European Court of Justice has shown that rules are necessary in order to ensure that protection in accordance with Article 8 of the European Convention of Human Rights is in place both in relation to the first and the third pillar.

Furthermore the Treaty of Amsterdam lays down obligations on the institutions and bodies of the Community with regard to the processing of personal data and the free movement of such data.

From 1 January 1999, Community acts on data protection apply to the institutions and bodies of the Community (Article 286(1)). An independent supervisory authority has to be set up to monitor the application of such Community acts to Community institutions and bodies by the same date (Article 286(2)). Article 287 lays down the rules for professional secrecy for officials and other servants of the Community.

The question is of knowing what rules already exist, and to what extent these have been applied in relation to the protection of the financial interests of the European Community. OLAF has a pivotal role to play in relation to these financial interests, so its own data protection arrangements are naturally of interest.

Data protection in the first pillar

Directive 95/46 provides horizontal rules. However, to date, not all Member States have implemented the

Directive. Directive 95/46 requires Member States to protect the fundamental rights of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data², in order to ensure the free flow of personal data in the Community. Various Community measures on mutual assistance between national authorities and the Commission are also designed to 'particularise and complement' Directive 95/46. For example, Regulation 515/97 on administrative cooperation in the Customs and agricultural spheres lays down rules for the protection of data and establishes the SIS, the Customs Information System.

The directive applies to OLAF, through Article 8 of Reg (073) 99. The scope of Directive 95/46 is however limited to activities which fall within the scope of Community law. This limitation in scope is due to the legal basis of the Directive. The scope of Article 100A (now Article 95) is limited to harmonisation for internal purposes and does not extend to third pillar issues (police cooperation and cooperation in the area of criminal law). Furthermore the Directive does not cover legal persons who are data subjects³. Although, as we shall see the second protocol to the PIF Convention makes explicit reference to the principles of the Directive, this cannot be taken to mean that the whole directive applies to the third pillar.

A draft Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the institutions and bodies of the Community and on the free movement of such data is being considered, in order to comply with the requirements of Article 286 of the Treaty of Amsterdam. The draft regulation places duties on the institutions and bodies of the European Communities to take steps to ensure an adequate level of protection for the data they handle and transmit.

¹ The following Member States are being sued before the European Court of Justice for failing to notify the implementing measures within the deadline established by the Directive: Denmark, Germany, France, Ireland and Luxembourg. Recommendation 1/2000 on the implementation of Directive 95/46, adopted on 3 February 2000 urged the remaining Member States to 'take urgently the necessary measures for the implementation of the Directive as soon as possible'.

² In Recommendation 4/99 on the inclusion of the fundamental right to data protection in the European catalogue of fundamental rights, the working party on data protection recommends that a fundamental right to data protection be included in the charter of fundamental rights. The Working Party is prepared to help in the drawing up of the charter.

³ A recent study carried out on behalf of the Commission ('Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons', shows that the Member States vary in their approaches.

Data protection in the third pillar

There are no horizontal data protection rules in the Third Pillar. Data protection is mentioned in a number of instruments dealing with police cooperation but no EU rules exist in relation to judicial cooperation in criminal matters.

A comparative analysis of data protection provisions of existing instruments carried out by the Council in 1999 (including the Europol, CIS, Naples II, Eurodac and Schengen Conventions) show that approaches vary according to the subject matter.

Article 8 of the second Protocol to the PIF Convention requires that the principles of Directive 95/46 should apply *mutatis mutandis* to OLAF acting in the third pillar environment concerned with the protection of the financial interests. To be more precise, this means that when the PIF instruments are brought into force⁴, the principles of Directive 95/46 will become applicable to the holding and processing of third pillar data.

One difficulty is that data may be collected for the purpose of protecting the financial interests of the European Community and used strictly in an administrative setting or passed on to judicial authorities with a view to prosecution. In this context it is worth remembering that data protection in a commercial, administrative or technical environment (i.e the first pillar) differs from data protection in a policing (in the criminal law sense) or judicial environment. That is why only broad principles can be transferred satisfactorily from first to third pillars.

This difference has led the Council to propose a set of horizontal rules for the third pillar. These rules are to be adopted in a Decision and are intended as guidelines only. They take their inspiration from main basic principles of data protection:

- legality: data has to be fairly and lawfully processed
- purpose: data has to be processed for a limited, stated purpose
- proportionality: data must be adequate, relevant and not excessive
- accuracy: data must be accurate
- subjects' rights: data must be processed in accordance with the data subject's rights
- limited transfer: data must not be transferred to others without adequate protection.

- supervision: there must be some independent oversight of data protection

These guidelines should go some way towards streamlining approaches to data protection in future third pillar instruments.

OLAF and data protection

Data protection is particularly important to the work of OLAF, the independent office responsible for the fight against fraud affecting various Community financial interests. Article 8 of Regulation 1073/99 lays down rules for confidentiality and data protection:

1. *Information obtained in the course of external investigations, in whatever form, shall be protected by the relevant provisions.*
2. *Information forwarded or obtained in the course of internal investigations, in whatever form, shall be subject to professional secrecy and shall enjoy the protection given by the provisions applicable to the institutions of the European Communities. Such information may not be communicated to persons other than those within the institutions of the European Communities or in the Member States whose functions require them to know, nor may it be used for purposes other than to prevent fraud, corruption or any other illegal act.*
3. *The Director shall ensure that the Office's employees and the persons acting under his authority observe the Community and national provisions on the protection of personal data, in particular those provided for in Directive 95/46 of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.*
4. *The Director of the Office and the members of the Supervisory Committee referred to in Article 11 shall ensure that this Article and Articles 286 and 287 of the Treaty are applied.*

External investigations

According to regulation 1073/99, first Pillar data collected in the pursuit of external investigations is to be protected by the 'relevant provisions'. Such investigations may involve third pillar cooperation. Yet the recently adopted Convention on Mutual Assistance is silent on

⁴ At present only 9 Member States have ratified the PIF Convention.

the topic of data protection. This means that the rules contained in Convention 108 would apply, when the Community becomes a party to the Convention, as planned.

If horizontal third pillar principles are adopted and when the Third Pillar PIF instruments have been ratified by all the Member States, OLAF may have to consider adopting implementing rules. These rules could take their inspiration from (i) Directive 95/46 and the regulation mentioned above, (ii) the third pillar horizontal rules once they are adopted or finally (iii) from the Europol Convention⁵.

In particular, OLAF would need to adopt and publish third pillar rules on

- data classification
- data security and security systems
- computer systems
- file analysis, etc.
- Arrangements for data supervision (Will OLAF need a supervisory authority of its own? Would it merge with other third pillar supervisory bodies?)
- Appeals against decisions (would the European Court of Justice have a role in third pillar data protection?) etc
- arrangements for transmitting and receiving information to and from Europol and Interpol.

Internal investigations

The proposed regulation will apply to internal investigations carried out under first pillar instruments and concerning data processed by OLAF and communicated to the Member States. Article 6 of the proposed regulation stipulates that personal data shall only be processed for purposes other than those for which they have been collected if the change of purpose is expressly permitted by the internal rules of the Community Institution or body. Personal data collected for other purposes may also be processed to ensure compliance with financial and budgetary regulations. A number of exemptions and restrictions to data subject rights apply in relation to the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences (Article 16). It seems important that the rights of data subjects be positively defined elsewhere.

⁵ The Europol rules take their inspiration from the 1981 Council of Europe Convention, known as Convention 108.

⁶ Please note that the need for interpillar rules has already been made in relation to Schengen: see Article 11 of the European Parliament Recommendation to the Council on the programme of activities to be conducted under the Schengen cooperation arrangements up to June 1999, OJ (1999) 104/143.

Mixed investigations

Most internal investigations also have an external aspect, which means that data protection also has to comply with the requirements for external investigations, and for third pillar data processing when appropriate. This raises the question of the need for interpillar rules of data protection for OLAF⁶.

Director's responsibility for data protection

Data collected and processed by OLAF under a first pillar legal basis fall under the ambit of Directive 95/46. For example, data collection in the course of on-the-spot checks falls under Directive 95/46; data exchanged under Regulation 515/97 should also be carried out in accordance with the requirements of the same Directive. There are several issues in relation this.

- Firstly, the role of OLAF is evolving – and so are its data protection needs. OLAF inhabits the ‘middle ground’ or twilight zone between first and third pillars and is at present further developing its role as an agency geared to enabling the Member States to prosecute. For example, Article 9 of Regulation 1073/99 requires OLAF to write reports, which are admissible in judicial proceedings in the Member States. It is therefore conceivable that OLAF may collect data under a first pillar instrument which then results in a prosecution. This scenario is likely to be all the more familiar after OLAF has completed its recruitment of prosecutors, as intended. This evolution has implications for data subjects.
- Secondly, the Directive contains many exemptions which apply to the type of data handled daily by OLAF. There is a need for a set of positive rules.
- Thirdly, the Directive provides general principle but implementing rules are still needed.

As far as the Third Pillar is concerned, the PIF Convention and its three protocols have not been adopted yet. This means that OLAF has not had yet to confront head-on the problem of the processing and holding of data under such instruments. Whatever the future of these PIF instruments – whether they eventually are adopted, or whether they are re-cast as ‘Amsterdam’ instrument - the issue of third pillar data protection will persist.

In its activity report for the year from July 1999 to July 2000⁷, OLAF's Committee of Supervision considers the progress made in relation to the respect of confidentiality and data protection. It is not clear whether the director or the Committee of Supervision is intended to act as data controller for OLAF. In any case, the Committee of Supervision has taken several initiatives. The Committee has asked the director to produce a review of all press articles, with a view to monitoring whether any information is published in breach of the secrecy of investigations or professional secrecy. For cases involving prosecution, the Committee of Supervision has expressed a preference for the communication of information by the national judicial authorities themselves, rather than by OLAF. Finally the Committee has given one of its members a special responsibility for data protection.

Discussion

The European Union has been slow in developing a set of horizontal data protection rules both in the first and the third pillars, although basic data protection principles now seem to be on the verge of being well established in EU law. The supervision of data protection is not fully established at present. OLAF was only created in 1999 and it now needs to have comprehensive, implementing rules for data protection which are suited to its new role.

It appears (at least at first) that different levels of data protection might have to apply, depending on whether the data is (i) first pillar data relevant to internal investigations, (ii) first pillar data relevant to external investigations or (iii) third pillar data, whether it relates to internal or external investigations.

However, there are two levels of difficulty. Firstly, the distinction between the first pillar and the third pillar might not always be so clear in practice. Data collected under a first pillar instrument (for example under Regulation 2185/96) may subsequently become judicial data (third pillar). It is not clear what 'rite of passage' might be used to move from one type of legal data protection to another – the change of environment (even if there is no change of purpose) having implications for data subjects. In the case of OLAF, there seems to be

considerable overlap of purpose between first and third pillar data collecting and processing.

Secondly, the distinction between internal data and external data may well be a spurious one, as internal investigations invariably have an external aspect.

These two levels of difficulty (overlap between internal and external investigations and overlap between first and third pillar) will make the necessary adoption of implementing rules by OLAF a complex issue.

Article 9 of the Protocol to the PIF Convention requires data protection rules to be published in the Official Journal - no such requirement seems to exist for first pillar data. It looks as if horizontal guidelines specific to the third pillar will soon be available. Rules need to be adopted by OLAF, to coincide with the adopting of the PIF third pillar instruments. It seems important in this context not to reinvent the wheel and to use existing models as much as possible. This could be done in several ways.

The Europol way

The first way would be to go the 'Europol' way, in order to emphasise prosecution as an aim. For example, an OLAF Convention could be drafted, setting out rules for all information systems, work files for the purpose of analysis and common provisions on information processing. There could be separate implementing rules for analysis files⁸. The rules would cover all aspects of data processing and protection in the third pillar, as far as the protection of the financial interests is concerned. Some elements of the present PIF third pillar instruments could be re-cast to become part of such an OLAF Convention, whilst others could be re-cast as a first pillar instrument⁹. Care should of course be taken to ensure that any OLAF Convention is compatible with other EU Conventions setting out data protection provisions. This approach however has drawbacks. It would place OLAF on the same footing as Europol, when in fact OLAF is a Community body. It must also be remembered that the adoption of the Europol Convention was somewhat protracted, so this route, if at all suitable would not provide for a speedy solution.

⁷ See pages 37-39 of the Report, dated 25 August 2000.

⁸ See Council Act of 3 November 1998 adopting rules applicable to Europol analysis files, OJ (1998) C26/1.

⁹ For example, the constituting elements of offences against the financial interests could be placed in a first pillar instrument, if a new Article 280A is adopted at the next IGC.

Parallel implementing rules: privileging the administrative route

The second way would be to try and set parallel first and third pillar rules for data protection, without privileging the third pillar. In practice this might mean adopting implementing rules in the first pillar at the same time as implementing rules in the third pillar – such rules concurring as much as possible. Third pillar implementing rules could be adopted in a Decision.

The 'Corpus Juris' route

The third way would be either to use Article 280 or to wait for a suitable legal basis in the first pillar (for example the proposed Article 280A or 280bis), granting the Community competence in criminal-law related matters, in order to adopt inter-pillar data protection rules to apply in the area of the protection of the financial interests of the European Community (and possibly to Schengen too). Interpillar rules would be advantageous, although joint first/third pillar data protection supervision arrangements might have to be created for OLAF

Conclusion

Data protection appears as a weak point in the system of protection of the financial interests. The road to follow now depends very much on a question of emphasis, but also a question of timing. If OLAF is to become more prosecution orientated, as its recruitment policy suggests, a convention might be more appropriate. If the work of OLAF is to retain mostly an administrative orientation, a Decision might suffice to implement third pillar data protection rules. Interpillar implementing rules would be ideal, if a legal basis can be found for them. What is not an option, however, is to do nothing, since the lack of published rules could make OLAF vulnerable to accusations of unlawful processing of data.

Simone White

BEKÄMPFUNG DES EG-BETRUGES - TEIL 1 : ZUR NOTWENDIG- KEIT EINER VERBESSERTEN STRUKTURPRÄVENTION -

In der Zeit vom 29.9. bis 2.10.1999 veranstaltete das deutsche Zollkriminalamt mit Unterstützung der Vereinigung für Europäisches Strafrecht e.V. und der Europäischen Kommission in Köln eine Expertentagung über die internationale Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Wirtschaftsstraftaten zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft. An der Veranstaltung nahmen führende Vertreter der Strafrechtspraxis und der Strafrechtswissenschaft aus 17 europäischen Staaten teil. Der nachfolgende Text gibt den ersten Teil der Zusammenfassung wieder, in welcher der Verfasser am Ende der Tagung die vorgetragenen Erkenntnisse und Lösungsansätze systematisierte. Der vollständige Beitrag ist in ZRP 2000, S. 186 - 192 veröffentlicht.

I. Kriminalitätsentwicklung

Aktuelle Erkenntnisse von Verwaltungs- und Justizbehörden belegen, dass die Europäische Gemeinschaft in zunehmendem Maße mit *grenzüberschreitender und organisierter Kriminalität* konfrontiert wird. Eine finanzielle Schädigung der Europäischen Gemeinschaft erfolgt vor allem durch Subventionsbetrügereien in den Bereichen der Agrar- und Strukturfonds sowie durch Steuerhinterziehung. In allen Deliktsbereichen agieren gut organisierte Tätergruppen, die über erhebliche Finanzmittel, ausgebaute Logistikstrukturen, neueste Techniken und hochqualifizierte Berater verfügen. Zudem treten - insbesondere in den Bereichen des Alkohol- und Zigarettenschmuggels - gewaltbereite Täter in Erscheinung, die nunmehr auch die deutsche Zollfahndung zur Bildung von Sondereinsatzkommandos nach dem Vorbild der GSG9-Gruppe des Bundesgrenzschutzes und der Sondereinsatzkommandos der Länderpolizeien veranlassen.

Die Professionalisierung, der Organisationsgrad und das *Gefahrenpotential einzelner Tätergruppen* zeigen sich beim EG-Betrug beispielsweise darin, dass in der Zeit von 1992 bis 1996 im Bereich des Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (EAGFL) nur 3 % der aufgedeckten Fälle Schadenssummen über 1 Mio ECU auswiesen, dass diese wenigen Fälle jedoch ca. 70 % des festgestellten Gesamtschadens in Höhe von 1,3 Milliarden ECU verursachten.

Die betrügerische Schädigung der Europäischen Gemeinschaft durch organisierte Straftäter führt dabei jedoch nicht nur zu hohen Schadenssummen, sondern auch zu einer *Schattenwirtschaft*, die in einzelnen Bereichen bereits in Konkurrenz zur legalen Wirtschaft tritt: Eingeschmuggelte Waren werden in illegalen Betrieben ohne Zahlung von Sozialabgaben und Steuern weiterverarbeitet und verkauft, so dass legal arbeitende Wirtschaftsunternehmen durch die hiermit ermöglichten niedrigeren Verkaufspreise vom Markt verdrängt werden, der Marktanteil illegal operierender Straftätergruppen weiter zunimmt und es zu sog. „Marktstörungen“ kommt. Entsprechende Wettbewerbsverzerrungen und Verdrängungsprozesse sind auch in anderen Deliktsbereichen der Wirtschaftskriminalität und der organisierten Kriminalität zu beobachten¹.

II. Kriminalitätsursachen

Eine nähere Analyse der Ursachen dieser Straftaten zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft macht in eindrucksvoller Weise deutlich, dass die einschlägige Kriminalität vom gegenwärtigen Wirtschaftssystem teilweise „*selbstverursacht*“ wird: Die hohen Subventionen im EG-Bereich wirken bereits als solche kriminogen und laden Straftäter zur Deliktsbegehung sowie spezialisierte Beratungsunternehmen zur Normumgehung geradezu ein, wenn jährlich dreistellige Milliardenbeträge ohne marktmäßige Gegenleistung ausgegeben werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Subventionen nicht durch sinnvolle Marktbedürfnisse gerechtfertigt sind, sondern durch einen einschlägigen Lobbyismus fehlgeleitet werden und zu Ergebnissen führen, die - wie z.B. die Tierquälereien beim Transport von Zuchtrindern nach Afrika eindrucksvoll zeigen - bei der Bevölkerung auf breite Ablehnung stoßen. Diese kriminogene Wirkung einer fragwürdigen Subventionspraxis wird in vielen Fällen noch dadurch verstärkt, dass die Subventionsvergabe an kaum zu kontrollierende Parameter anknüpft, wie etwa bei der nach Fischarten und Herkunftsländern differenzierenden Höhe der bei der Einfuhr zu entrichtenden Steuern, wenn die relevanten Warenarten nur mit aufwendigsten gentechnischen Analysen voneinander unterschieden werden können.

Die *Kontrolle* der entsprechenden Vorgänge durch die Verwaltungsbehörden scheitert dabei häufig nicht nur an fehlendem Personal, sondern teilweise auch an deren mangelndem Interesse, da nationale Verwaltungen bei einer Aufdeckung von Betrügereien im Bereich der Agrarsubventionen finanzielle Anlastungen zum Nachteil

des nationalen Haushalts fürchten und regionale Verwaltungsbehörden im Bereich der Strukturfonds mitunter nur die Einwerbung von Geldmitteln (und nicht so sehr deren programmgemäße Verwendung) im Blick haben. Die strafrechtliche Verfolgung kann diese verwaltungsrechtlichen Kontrolldefizite nicht ausgleichen, vor allem wenn sie durch die Notwendigkeit einer internationalen Strafverfolgung erheblich behindert wird.

Ähnliche strukturelle Anreize zur Deliktsbegehung finden sich im übrigen auch in den *klassischen Bereichen der Wirtschaftskriminalität und der organisierten Kriminalität*, wo - etwa bei der illegalen Förderung der Prostitution oder beim illegalen Glücksspiel - nicht durchsetzbare Regelungen und Kontrolldefizite zur Entstehung einer Parallelwirtschaft und zu einem erheblichen Finanz- und Machtpotential organisierter Straftätergruppen führen. Die europäische Kriminalpolitik berücksichtigt diesbezüglich sowohl im Bereich des EG-Betruges als auch bei der klassischen organisierten Kriminalität bisher die Erfahrungen der USA in noch zu geringem Umfang: Die - nicht durchsetzbare - Alkoholprohibition der Jahre 1917 bis 1933 begründete erst die Finanzmacht der amerikanischen organisierten Straftätergruppen.

III. Notwendigkeit der Strukturprävention

Diese Ursachen neuer grenzüberschreitender und organisierter „europäischer“ Kriminalität müssen erkannt werden, bevor der Blick auf die strafrechtliche Bekämpfung und insbesondere die Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit verengt wird. Wenn die dargestellten *Tatanreize bestehen bleiben* und sich die europäische Kriminalpolitik nur auf den Ausbau des strafrechtlichen Bekämpfungsansatzes beschränken würde, so könnte die Strafverfolgung nutzlos und eventuell sogar kontraproduktiv werden: Da organisierte Straftätergruppen gut abgeschottete Logistikbereiche aufweisen, sind die auf der unteren oder mittleren Personalebene festgenommenen Straftäter leicht ersetzbar. Weil sich der durch organisierte Straftätergruppen geprägte illegale Markt insgesamt nicht durch eine monopolistische, sondern durch eine oligopolistische Struktur auszeichnet, führt selbst die Verhaftung von Führungspersonen und die damit einhergehende Zerschlagung ganzer Tätergruppen häufig nur dazu, dass deren Marktanteile sofort von einer anderen Tätergruppe des oligopolistischen Marktes übernommen werden. Da sich dabei langfristig die besser abgeschotteten und organisierten Tätergruppen durchsetzen, kann eine einseitig stra-

¹ Vgl. zusammenfassend zu den Deliktformen des EG-Betruges, ihren Ursachen und den Möglichkeiten ihrer Prävention auf der Basis einer umfassenden empirischen Erhebung Sieber, SchwZStrR, 1996, 357 ff. Aus der früheren Literatur vgl. insbesondere die grundlegende Studie von Tiedemann, Subventionskriminalität in der Bundesrepublik, 1974.

frechtliche Kriminal-politik langfristig die gefährlicheren Tätergruppen stärken. Der strafrechtliche „Selektionsprozess“ kann dann - entsprechend der Darwinschen Evolutionstheorie - sogar einen Ausleseprozess zugunsten der gefährlichen Tätergruppen begünstigen².

Im Bereich der europäischen Betrugsbekämpfung müssen daher zunächst die - den eigentlichen Tatanreiz bildenden - *Subventionen und die einschlägigen Subventionsnormen* auf den Prüfstand gestellt werden. Eine Reduzierung der Subventionen würde nicht nur zu Haushaltseinsparungen, zu einem erleichterten Welthandel und häufig auch zu einem verbesserten Tier- und Umweltschutz führen, sondern vor allem auch die einschlägige Kriminalität reduzieren. Wenn Subventionen - insbesondere zur Abfederung von Härten in Übergangsprozessen - nicht abgebaut werden können, sollte zumindest die kriminell besonders belastete Subventionierung auf der Handelsstufe durch eine verstärkte direkte Subventionierung der eigentlich bedürftigen (und auch wesentlich besser zu kontrollierenden) Erzeuger (z.B. der Landwirte) ersetzt werden. Ferner müssten die - zur leichteren Kompromissfindung im Ministerrat in einzelnen Fällen sogar bewusst unklar gefassten - mehrdeutigen und komplizierten Verordnungen vereinfacht werden. Schwer zu überprüfende Tatbestandsvoraussetzungen der Subventionsnormen (z.B. die teilweise schwierig zu unterscheidenden Warenarten oder die nur schwer verifizierbaren Herkunftsangaben) sind durch einfach zu kontrollierende Parameter zu ersetzen. Dringender Änderungsbedarf (im Sinne der Entwicklung eines europaweiten computergestützten Warenkontrollsystems) besteht auch im Hinblick auf die - jährlich zu Milliarden Schäden führenden - zollrechtlichen Versandverfahren und sonstigen Verwaltungsverfahren, die von Fachleuten anschaulich als „Lizenzen zum Schmuggel“ bezeichnet werden. Auch sollte die Interessenlage der nationalen Verwaltungsbehörden - z.B. durch eine Überprüfung der Anlaufverfahren oder eine verstärkte Kofinanzierung von Subventionen - so verändert werden, dass die Verfolgung einschlägiger Betrügereien nicht durch vermeintliche Eigeninteressen des nationalen oder regionalen Haushalts behindert wird³.

Entsprechende Verbesserungen sind nicht nur auf der Ausgabenseite, sondern auch auf der *Einnahmenseite des EG-Haushalts und der nationalen Haushalte* möglich⁴.

Dabei geht es z.B. um die kriminogene Wirkung von exzessiven Steuersätzen, die im Zuge der drastischen Steuererhöhung im Zigarettenbereich derzeit in England zu beobachten ist. Die im Rauschgifthandel aktiven Straftätergruppen erkennen hier zur Zeit die neuen Verdienstmöglichkeiten des Zigaretenschmuggels und setzen ihre klassischen Vertriebswege in diesem - im Hinblick auf die Strafdrohungen und die Intensität der Strafverfolgung sehr viel weniger riskanten - Bereich ein, wobei die dadurch verbesserte Infrastruktur der Straftätergruppen dann später wieder im Rauschgifthandel genutzt werden wird. Diese Beispiele außerstrafrechtlicher Präventionsmöglichkeiten könnten unschwer fortgesetzt werden: Wenn z.B. in Europa jährlich Milliardenbeträge mit Zigaretenschmuggel verdient werden, so ließen sich die Hintermänner durch eine Verpflichtung der Zigarettenindustrie zur Nennung ihrer Abnehmer sehr viel leichter identifizieren. Im Bereich des Mehrwertsteuerbetruges ist die - von Justizpraktikern geforderte - Verknüpfung von Mehrwertsteuererstattungen mit einer Minimalkontrolle der Existenz der die Vorsteuer ausweisenden Firmen gleichermaßen einsichtig.

Diese Beispiele zeigen, dass bei der Bekämpfung des EG-Betruges ebenso wie in anderen Bereichen der organisierten Kriminalität eine verbesserte Strukturprävention und eine Analyse des Verwaltungsrechts noch erhebliche *ungenutzte Möglichkeiten für eine effektive Kriminalitätsbekämpfung* bieten, die im übrigen ohne gravierende Eingriffe in die Freiheitssphäre der Bürger auskommen. Wenn dieses Potential in der Zukunft nicht besser genutzt wird, werden der Strafverfolgung Aufgaben zugewiesen, die sie in diesem Umfang nicht zu leisten vermag: Das Strafverfolgungssystem kann nur einzelne Normübertretungen verfolgen, nicht jedoch die Folgen einer verfehlten Strukturpolitik oder unklarer Kompromisse im Bereich der Wirtschaftspolitik verhindern. Erst wenn die hier liegenden Defizite beseitigt sind, machen europaweite Verbesserungen des materiellen Strafrechts⁵ und der - nachfolgend näher untersuchten - grenzüberschreitenden internationalen Zusammenarbeit Sinn (Der Beitrag wird fortgeführt).

Prof. Dr. Ulrich SIEBER
Universität München - Prof-Huber-Platz 2
D-8593 München

² Vgl. zu dieser Problematik *Sieber*, JZ 1995, 758 ff.; *Sieber/Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 285 ff.

³ Vgl. dazu und zum Folgenden näher *Sieber*, SchwZStR 1996, 357.

⁴ Die Einnahmen der EG und der nationalen Haushalte hängen insoweit zusammen, als der EG ein Anteil an dem nationalen Mehrwertsteueraufkommen zusteht.

⁵ Vgl. zu den einschlägigen Reformmaßnahmen des Corpus Juris Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998; *Sieber*, in: Huber (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, Edition iuscrim, Freiburg 2000.

EUROJUST OU MINISTÈRE PUBLIC EUROPEEN : UN CHOIX DE POLITIQUE CRIMINELLE

I. Le constat

Le constat s'est progressivement imposé comme une évidence : les autorités nationales ne sont plus en mesure d'appréhender de façon adéquate les phénomènes criminels qui dépassent les frontières d'un Etat membre, en particulier lorsqu'il s'agit de formes de criminalité organisées. C'est d'autant plus vrai lorsque l'intérêt à protéger n'est pas celui d'un Etat membre ou d'un Etat membre pris isolément, mais celui de l'Union dans son ensemble ou de ses institutions.

II. Les réponses

Face à ce constat, l'idée s'est développée qu'une coordination de l'action des Etats membres était nécessaire, de même qu'une coordination de l'action des Etats membres et des institutions de l'Union.

Cette coordination peut être mise en œuvre par l'instauration de mécanismes de coopération et des instruments ont été élaborés dans cette voie. Mais il est vite apparu que ceux-ci devaient être complétés par la mise en place d'organes spécifiques. On a ainsi assisté à l'émergence progressive de services d'enquête, avec la création de l'UCLAF et sa transformation récente en OLAF, du côté communautaire, et la mise en place de l'UDE, suivie de la création d'un office européen de police (Europol) du côté de l'Union.

Plus récemment, et c'est le débat qui nous intéresse, il est apparu aux institutions de l'Union que sont le Conseil, la Commission et le Parlement européen, que ces services d'enquête ne pouvaient se suffire à eux-mêmes, mais qu'ils devaient être prolongés par de véritables

organes judiciaires. C'est la Commission et le Parlement européen qui ont pris les devants en la matière en pronant d'emblée l'idée radicale de l'instauration d'un ministère public européen. Lancée dans le *Corpus Iuris*¹, l'idée a été reprise par le comité d'experts indépendants désigné par le Parlement européen à la suite des accusations de fraude faites à l'égard de la Commission². Elle a ensuite été reprise par la Commission elle-même et a fait l'objet d'une communication complémentaire de sa part³ dans le cadre de la conférence intergouvernementale qui doit être conclue au conseil européen de Nice en décembre 2000.

De son côté, le conseil européen a avancé, lors de sa réunion de Tampere, en octobre 1999, l'idée d'un "Eurojust", unité de coopération judiciaire destinée à améliorer la coordination des enquêtes menées par les Etats membres dans le domaine de la criminalité grave. L'Allemagne a présenté une proposition formelle de décision pour mettre en œuvre cette orientation⁴. Cette première proposition a été suivie par une proposition conjointe de quatre Etats membres, devant assumer successivement la présidence de l'Union, le Portugal, la France, la Suède et la Belgique (appelée "proposition des quatre présidences")⁵. Le délai fixé à Tampere pour la mise en œuvre de cette conclusion est la fin de l'année 2001. Entretemps, une décision politique est d'ores et déjà intervenue pour la mise en place dès le début de l'année 2001 d'une unité provisoire Eurojust, destinée à faciliter par l'expérience pratique la discussion d'un instrument sur une unité plus définitive.

Ainsi, comme on le voit, le temps politique s'est considérablement accéléré, ces dernières années et, plus encore, ces derniers mois, à propos de cette problématique.

¹ *Corpus Iuris portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, sous la dir. De M. Delmas-Marty, Paris, Economica, 1997.

² *Second rapport sur la réforme de la Commission : Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, du 10 septembre 1999 (DOC_FR\DV\381\381655 fr.doc.)

³ Communication complémentaire de la Commission à la Conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles, La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen, COM(2000)608 final (du 29 septembre 2000).

⁴ Initiative de la République fédérale d'Allemagne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à la création d'une unité Eurojust, JO C 206, du 19.7.2000, pp.1-2.

⁵ Initiative de la République portugaise, de la République française, du Royaume de Suède et du Royaume de Belgique en vue de l'adoption de la décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée, JO C 243 du 24.8.2000, pp.15 à 20.

Il ne s'agit pas, dans les lignes qui suivent, de présenter ces différentes propositions dans le détail, une telle présentation serait d'ailleurs vite dépassée par le rythme actuel des discussions, l'objet est ici de mettre en évidence les différences entre les textes en présence, les différences d'approches qui les sous-tendent et leurs conséquences, dans la perspective de la création d'une justice pénale européenne. Ce n'est en effet qu'en abordant de façon claire et explicite un certain nombre de questions de base et en y donnant des réponses tout aussi précises qu'une institution du type de celle qui est envisagée pourra être créée avec succès.

En deux mots, le *Corpus Iuris* envisage l'établissement d'un ministère public en une étape : celui-ci serait formé d'un procureur général européen et de procureurs européens délégués, au sein de chaque Etat membre, rassemblés par le principe d'indivisibilité au sein d'un ministère public européen⁶. Ces magistrats seraient chargés de l'exercice des poursuites devant les juridictions nationales des Etats membres dans les affaires touchant aux intérêts communautaires. Le Comité d'experts indépendants adopte quant à lui une approche graduelle. Dans une première phase, dont le comité préconise qu'elle soit mise en œuvre à très court terme, un procureur européen indépendant serait nommé, qui travaillerait avec les autorités judiciaires nationales. Dans une deuxième phase, il y aurait création, dans chaque Etat membre, d'un service du parquet chargé des infractions de niveau communautaire. Enfin, dans une troisième phase, un parquet européen un et indivisible serait constitué, sur la base des deux premières phases⁷.

L'idée d'un *Eurojust*, quant à elle, est celle d'une unité composée de procureurs, magistrats ou d'officiers de police ayant des compétences équivalentes détachés par chaque Etat membre conformément à son système juridique, qui aurait pour mission de contribuer à une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites et d'apporter son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée, notamment sur la base de l'analyse effectuée par Europol⁸. Cette unité devrait aussi coopérer étroitement avec le réseau judiciaire européen afin notamment de simplifier l'exécution des commissions rogatoires.

Les divergences d'approche apparaissent au simple exposé des idées en présence.

3.1. La composition et l'identité de l'institution à créer

La première différence concerne la composition même de l'institution et son identité. D'un côté, il s'agit de créer, en une ou plusieurs étapes un véritable ministère public, correspondant à la notion que le droit de nombreux Etats membres connaît. Les personnes appelées à participer à une telle institution seraient des procureurs. Ils formeraient ensemble un organe de l'Union européenne et auraient un statut de magistrats européens. De l'autre côté, la situation est beaucoup plus ouverte. La composition d'Eurojust serait multidisciplinaire. Les procureurs, juges ou policiers qui la composeraient ne se verraient pas reconnaître le statut de procureur, encore moins de procureur européen. Dans la version allemande, il ne s'agirait que de " fonctionnaires de liaison " de leur Etat membre. Dans la version des quatre présidences, il s'agirait de " membres nationaux ". Par ailleurs, Eurojust ne serait pas un ministère public, mais une " unité de coordination ", institution sui generis à l'identité imprécise. S'agirait-il d'une institution ayant son autonomie et ses missions propres (comme le suggère la proposition des quatre présidences) ou d'un simple lieu d'échange entre des représentants des différents Etats membres (dans le sens de la proposition allemande) ?

Ces différences appellent les commentaires suivants. En ce qui concerne le statut des membres et de l'institution, l'approche communautaire a l'inconvénient de sa rigidité. Parler de procureur et de ministère public, c'est désigner un type de système de justice pénale et un type de procédure pénale, qui n'est pas celui de tous les Etats membres. C'est dès lors risquer de se couper d'emblée des Etats qui ne peuvent se retrouver dans cette forme et par là de se condamner à l'échec. De ce point de vue, l'approche du Conseil a l'avantage de la flexibilité. Elle permet d'épouser plus fidèlement la diversité des situations existant au sein des Etats membres. Cet avantage a cependant son revers. Si l'on s'intéresse en effet à l'identité de l'institution à créer, force est de constater qu'à ce stade, celle-ci est assez imprécise en ce qui concerne Eurojust, alors qu'elle est tout à fait claire pour ce qui est du ministère public européen. Une unité dont on n'est pas encore

⁶ *Op. cit.*, article 18.

⁷ Second rapport, *Op. cit.*, point 5.4.18. et recommandations 59 et 60.

⁸ Conclusion 46, Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, réunion spéciale consacrée à la " création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne ".

très sûr qu'elle aura une autonomie propre est-elle susceptible d'apporter une réelle plus-value à la coopération judiciaire qui existe entre les Etats membres et qui est déjà stimulée par ailleurs par l'existence récente du réseau judiciaire européen, qui rassemble des points de contact de tous les Etats membres ⁹ ?

3.2. Le champ de compétence matérielle de l'institution à créer

Deuxième différence : le champ de compétence de l'institution à créer. D'un côté, l'idée d'un ministère public européen a été avancée dans le cadre de la réflexion sur la protection des intérêts financiers des Communautés et il est donc logique que les propositions qui en ont résulté assignent à la nouvelle institution une compétence limitée au secteur des infractions contre les intérêts financiers des Communautés. Ceci étant, si l'on prend comme référence le texte du *Corpus Iuris*, on constate que la compétence couvre non seulement les fraudes au budget communautaire mais également un certain nombre d'autres infractions, dans la mesure où celles-ci ont été commises en relation avec les premières. Il s'agit notamment de la corruption, de l'abus de fonction, de l'abus de confiance ou du blanchiment.

De l'autre côté, la conclusion 46 du conseil européen de Tampere donne un autre champ de compétence à l'unité Eurojust, en visant les enquêtes dans les affaires de criminalité organisée. Le champ est juridiquement plus vague. On ne parle pas de faits qualifiés d'infractions, mais d'enquêtes relatives à des affaires. On ne vise pas des faits précis, mais un concept de "criminalité organisée", qui n'est défini ni juridiquement (à la différence du concept d' "organisation criminelle", qui fait l'objet d'une définition dans l'action commune sur la participation à une organisation criminelle), ni criminologiquement. Une unité destinée à avoir des fonctions opérationnelles ne pouvant se satisfaire d'un champ de compétence aussi flou – et donc aussi contestable –, les deux propositions destinées à mettre en œuvre cette conclusion s'efforcent de fournir un champ de compétence plus praticable. La proposition allemande prend l'option d'un champ d'application très large, englobant la criminalité transnationale dans son ensemble. La proposition des quatre présidences établit au contraire une liste d'infractions destinée à fonder la compétence d'Eurojust. Cette liste, pour l'essentiel inspirée des compétences reconnues

à Europol, recouvre les domaines d'activité privilégiés de la criminalité organisée.

Il est bien sûr difficile d'apprécier la pertinence d'un champ de compétence matérielle en faisant abstraction des compétences opérationnelles, c'est-à-dire des pouvoirs de l'institution. Néanmoins, la simple comparaison de ces champs permet de formuler une observation préalable. Pour fonctionner de façon effective, l'institution a besoin d'un champ de compétence matérielle qui soit à la fois précis et cohérent. L'imprécision du libellé de Tampere ne pourrait que conduire Eurojust à l'inertie, la question de la compétence ne pouvant jamais être tranchée de façon certaine. La formulation contenue dans la proposition allemande, quant à elle, beaucoup plus séduisante de prime abord, a cependant l'inconvénient d'embrasser un domaine tellement vaste qu'on peut se demander comment l'unité serait en mesure d'assumer quelque mission que ce soit avec un minimum de prévisibilité et de sécurité juridique. La proposition des quatre présidences présente l'avantage de contourner ces deux écueils, en étant à la fois assez précise quant à la définition de ce qu'elle couvre, et suffisamment limitée pour permettre une action effective. Elle se heurte néanmoins à la critique qu'encourt toute liste, c'est d'être une liste et de receler par là même une part irréductible d'arbitraire. Enfin, l'idée d'un ministère public européen compétent en matière de fraude pose d'emblée un problème de cohérence en termes de politique criminelle. Les fraudes au budget communautaire ne se présentent pas de façon isolée, elles sont accompagnées de la commission d'autres infractions – ce que le *Corpus Iuris* a pris en compte –, mais plus encore, elles se manifestent fréquemment en liaison avec des phénomènes de criminalité organisée, lien qui est d'ailleurs reconnu par la Commission elle-même. La question qui se pose dès lors est celle de savoir où il convient de mettre la limite de la compétence de l'institution à créer. Si le champ est trop limité, cela signifie que l'organe européen ne pourra appréhender qu'une partie du phénomène criminel – un de ses symptômes en quelque sorte – sans pouvoir aller jusqu'au cœur du mécanisme ou de la structure criminelle, qui par hypothèse dépassera largement le seul domaine de la fraude. Une délimitation trop rigide des compétences risque donc d'avoir pour effet une action parcellaire à l'égard du phénomène criminel à l'œuvre, ce qui ne permettrait pas de rencontrer les objectifs de politique criminelle énoncés en la matière.

⁹ Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, *Journal officiel* n° L 191 du 07/07/1998 p. 0004 – 0007.

3.3. Les missions à conférer à l'institution à créer

La troisième différence importante d'approche concerne les missions à conférer à l'institution à créer. D'un côté, il s'agirait d'un ministère public européen, qui aurait toutes les attributions d'un tel organe et, en particulier, celle qui est commune aux Etats membres qui le connaissent, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer les poursuites pénales. De l'autre côté, il s'agirait d'une unité qui n'aurait que des missions de coordination et d'appui aux enquêtes menées par les Etats membres. Deux niveaux d'ambition assez éloignés, comme on le voit.

On touche probablement ici au cœur des choses et cette divergence d'approche traduit bien l'indécision qui existe, sur le plan politique, à l'égard de l'institution à créer. Est-ce que ce dont la justice européenne a besoin, c'est d'un organe européen qui poursuive à la place des Etats membres dès lors qu'il s'agit de certaines formes de criminalité déterminées ? L'exercice de l'action pénale par un tel organe européen est-il nécessaire pour permettre une réaction judiciaire effective et adéquate dans certains domaines de la criminalité ? Dans ce cas, comment cet organe pourra-t-il s'insérer de façon adéquate dans le système judiciaire de chaque Etat membre, étant entendu qu'il n'est pas envisagé à ce stade d'établir de juridictions pénales européennes ? A l'inverse, la simple coordination purement facultative des enquêtes menées par les Etats membres constitue-t-elle la plus-value qui justifie la création d'une telle institution ? Cette attitude timorée est-elle cohérente par rapport aux dispositions du traité d'Amsterdam qui prévoient la possibilité pour des policiers et magistrats d'un Etat membre d'agir sur le territoire d'un autre Etat, de même que la création d'équipes d'enquête conjointes ? Ces possibilités nouvelles n'appellent-elles pas une nouvelle conception de l'action dans le domaine de la justice pénale ?

Pour apprécier la nature des pouvoirs à conférer à une telle institution, il faut se reporter aux objectifs poursuivis. Le point de départ est qu'il y a un déficit d'efficacité et de cohérence dans l'action des autorités judiciaires nationales à l'égard de la criminalité transnationale. La mission principale de l'organe judiciaire européen à créer serait donc de remédier à ce déficit. Cette mission peut se concrétiser par une contribution à la coordination des enquêtes menées par les Etats membres. Cependant, si l'apport est facultatif, c'est-à-dire si rien n'oblige les autorités nationales à faire appel à cette institution, ni à exécuter les demandes, celle-ci n'obtiendra des résultats que par la qualité des personnes qui la composeront, leur force de persuasion, leur sens de la diplomatie,...elle agira à la manière d'un médiateur. Un tel système ne permettra une action judiciaire cohérente sur le plan euro-

péen, que dans le meilleur des cas, c'est-à-dire s'il y a concours des bonnes volontés de tous les acteurs concernés, mais rien ne le garantira. Donner un véritable pouvoir de coordination et d'enquête propre à l'institution à créer est la seule manière de garantir de façon effective une action cohérente. Cela ne se ferait d'ailleurs pas au détriment des systèmes judiciaires internes : cet organe devenant au contraire un interlocuteur adéquat des autorités judiciaires nationales, son action à l'échelle européenne serait de nature à renforcer celles-ci dans leur propres actions sur le plan national.

3.4. L'harmonisation des droits pénaux : un préalable ?

Dernier élément de différence : la question du lien entre la création de l'institution et l'harmonisation des droits. La création d'une telle institution doit-elle être couplée avec une harmonisation des droits des Etats membres voire l'élaboration d'un droit européen uniforme ? Les réponses proposées diffèrent, mais c'est également que la question ne peut naturellement pas être abordée en faisant abstraction des deux différences précédentes. D'un côté, la création d'un ministère public européen est présentée comme devant nécessairement s'accompagner de l'adoption d'un corps de normes pénales européennes, ce que traduit bien l'idée d'un " corpus iuris ". De l'autre côté, la mise en place d'une unité Eurojust n'est accompagnée d'aucune préoccupation en la matière.

L'absence de référence à l'harmonisation dans le deuxième cas peut s'expliquer par le fait qu'Eurojust ne se voit reconnaître aucun pouvoir contraignant dans les procédures pénales, ni au stade de l'enquête, ni a fortiori au stade des poursuites. Est-ce à dire à l'inverse que les pouvoirs d'un éventuel ministère public européen ne pourraient se concevoir qu'à l'égard d'un droit harmonisé ? C'est l'idée qui anime les rédacteurs du Corpus Iuris, les experts indépendants et la Commission dans sa communication complémentaire. Il n'est cependant pas certain que ce rapport de nécessité existe vraiment. En effet, si on peut comprendre l'idée selon laquelle l'existence d'un droit uniforme peut faciliter le travail de l'institution, on ne peut en déduire que l'absence d'un tel droit l'empêcherait. Dès lors que les affaires traitées par un éventuel ministère public européen devraient être nécessairement portées devant les juridictions nationales des Etats membres, la question de la relation avec le droit national de cet Etat se pose de toute façon et on ne voit pas ce qui empêcherait le procureur européen de faire application des normes nationales de l'Etat sur le territoire duquel les poursuites devraient être exercées. Ceci vaut pour le droit matériel – pour lequel un niveau minimal d'harmonisation est par ailleurs déjà garanti par les

instruments adoptés par le Conseil en matière de protection des intérêts financiers communautaires -, mais également pour les règles de procédure. Il est d'ailleurs intéressant de constater à cet égard que le Corpus Iuris prévoit lui-même explicitement l'application subsidiaire ou complémentaire du droit national de l'Etat sur le territoire duquel les poursuites et le jugement doivent avoir lieu¹⁰, et que pour ce qui est de l'admissibilité des preuves, qui constitue certainement un des domaines où les disparités des systèmes nationaux sont les plus préjudiciables, il renvoie, à titre subsidiaire, aux modes de preuve considérés comme recevables au regard du droit national en vigueur dans l'Etat dont relève la juridiction de jugement¹¹.

IV. Des balises

Comme on le voit, les propositions qui sont sur la table suscitent pour l'instant plus de questions qu'elles n'apportent de réponses. Mais, à côté des divergences qui ont été identifiées, il est encore une chose qui doit être mise en évidence, c'est le caractère paradoxal de la situation actuelle, qui voit se développer, de façon simultanée, des propositions visant à la mise en place de deux institutions pour répondre à un problème de base qui est au fond identique. L'Union européenne, prise dans l'ensemble de ses composantes, peut-elle se permettre la duplication, la concurrence, voire l'incohérence ? La réponse à cette question est nécessairement complexe, dans la mesure où le processus de construction européenne est lui-même particulièrement complexe dans le domaine de la justice pénale. Mais ce qui est certain, c'est que l'éventuelle coexistence future de plusieurs institutions aux objectifs similaires devrait s'accompagner de la nécessaire réflexion sur leur complémentarité.

Pour conclure, on peut dire que, si le temps politique s'est fortement accéléré, ces derniers mois, le temps juridique est quant à lui moins élastique, surtout lorsqu'il s'agit de créer non une simple norme mais une institution appelée à mener des activités opérationnelles. N'ont été abordés ici que quelques points des propositions en présence, qui sont elles-mêmes encore incomplètes, en particulier en ce qui concerne les dispositions relevant de l'ingénierie institutionnelle (statut juridique, budget, privilèges et immunités, siège,...). Il faudra de longs mois, voire des années, avant qu'une institution de ce type ne voie effectivement le jour.

On peut cependant d'ores et déjà s'efforcer, à la lumière des objectifs à atteindre et des interrogations qui ont été formulées, de tracer les caractéristiques minimales de l'institution à créer. Tout d'abord, celle-ci devrait avoir une identité propre suffisamment forte pour assurer son fonctionnement autonome et son indépendance à l'égard des Etats membres comme des institutions de l'Union. Ensuite, elle devrait se voir reconnaître un champ de compétence matérielle qui soit à la fois suffisamment large et précis pour permettre une action effective à l'égard de phénomènes criminels déterminés, dans leur globalité. Enfin, elle devrait être dotée des moyens juridiques d'action adéquats, le cas échéant contraignants, pour qu'elle soit en mesure d'orienter les enquêtes transnationales dans les domaines de ses compétences, voire de mener de telles enquêtes, et contribuer ainsi à améliorer réellement l'exercice de la justice pénale sur le plan européen.

Daniel FLORE
Conseiller général au
ministère belge de la justice
Maître de conférences invité à l'UCL

¹⁰ " Subsidiaire " dans la version initiale du Corpus Iuris, Article 35, *op.cit.*, " complémentaire " dans la version Corpus Iuris 2000, *La mise en œuvre du Corpus Iuris dans les Etats membres*, Intersentia, 2000, annexe III.

¹¹ Article 32.1, *op. cit.*

LA RÉFORME DU DROIT PÉNAL FISCAL EN ITALIE

14

Le 15 avril 2000 a marqué l'entrée en vigueur en Italie de la réforme du droit pénal fiscal, mise en place par le décret législatif du 10 mars 2000, n° 74, qui a remplacé la réglementation précédente, remontant à 1982.

Les principales nouveautés suivantes ont été introduites :

- il n'existe plus de contraventions, mais uniquement des délits (qui exigent la fin d'évasion fiscale et sont lourdement sanctionnés, la peine pouvant atteindre, dans les cas les plus graves, six ans de réclusion) ;
- alors qu'auparavant les violations de nature formelle commises pendant la période d'imposition (concernant la tenue régulière des écritures comptables, l'obligation de comptabilisation et de facturation des sommes encaissées, etc.) étaient, elles aussi, passibles de sanction, à l'heure actuelle seules sont punissables les déclarations des revenus incorrectes, frauduleuses ou omises, avec un seuil élevé de punissabilité, rapporté à l'impôt non payé, sauf en cas d'utilisation de factures pour des opérations inexistantes (selon les cas, 150 ou 200 millions de Lires par an), outre d'autres comportements graves en matière de documents ou de paiement des impôts ;
- le caractère punissable des surévaluations est réintroduit (par exemple, en matière de stocks, *transfer pricing*, etc.), alors qu'auparavant seules les fausses déclarations concernant des " faits matériels " constituaient un délit (cette modification soulève de nombreuses inquiétudes au sein des sociétés et parmi les experts fiscaux, compte tenu de la nature discutable des opérations d'évaluation) ;
- le principe de " spécialité " entre les sanctions pénales et les sanctions fiscales est instauré contrairement au régime précédent, qui prévoyait le " cumul " desdites sanctions.

L'objectif poursuivi par le législateur a été d'intervenir par la sanction pénale uniquement en cas de comportements graves, entraînant un dommage d'une certaine importance pour l'Administration fiscale, en supprimant la criminalisation précédente des faits formels, dégagés de l'évasion fiscale proprement dite. Toutefois, le gouvernement, délégué par le Parlement à promulguer le décret législatif susmentionné, est allé souvent au-delà des limites de la délégation reçue, sans tenir compte des observations des Commissions parlementaires. Le décret est donc attaqué sur le plan constitutionnel.

Sur un plan plus strictement pratique, la réforme est en train de s'avérer excessivement sévère pour les entreprises de grandes dimensions, car celles-ci atteignent très facilement le " seuil de punissabilité " en termes d' " impôt éludé ", alors qu'une grande partie de contribuables moyens-petits échappe à toute sanction pénale. Les implications de nature politique de la réforme sont donc évidentes.

D'ailleurs, dans les bilans des grandes sociétés, les divergences en matière d'évaluations ou de déductibilité de certains coûts (un autre profil rendu punissable par les nouvelles normes, telles qu'elles sont entendues par l'Administration financière) peuvent facilement entraîner un risque de dénonciation pénale.

Le débat entre les spécialistes et les opérateurs économiques est donc très vif. Le " Centre de droit pénal fiscal " est en train d'y contribuer, par des études comparatives menées au sein de l'Union européenne. Nous espérons que le futur législateur interviendra de nouveau en la matière en introduisant des mesures correctives capables d'éliminer certaines âpretés, considérées comme excessives, sans pour autant remettre en cause la structure générale de la réforme.

Ivo CARACCIOLI
Président du " Centre de droit pénal fiscal "
(Turin, Italie)