

L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE: LA SEPARATION DES BIENS ENTRE LE PREMIER ET LE TROISIEME PILIER?

Introduction: le devoir de sauvegarde communautaire

Le devoir de sauvegarde du droit communautaire incombe en premier lieu aux Etats membres. Le fait que l'on ait créé des euro-inspecteurs dans des domaines de politique sectorielle comme l'agriculture¹ et la pêche² et que le service chargé de la coordination de la lutte anti-fraude auprès de la Commission européenne (UCLAF)³ adopte toujours davantage des formes policières et opérationnelles n'enlève rien à ce principe de base. En ce qui concerne le budget de la CE, il en est même ainsi que quasiment toutes les recettes et environ 80% de toutes les dépenses de la Communauté sont respectivement obtenues ou payées par l'intermédiaire des administrations nationales. Ce sont par conséquent les organes des Etats membres qui doivent mettre à exécution la politique communautaire et mettre en cette matière tout en œuvre pour faire respecter le droit communautaire et sanctionner, le cas échéant, les infractions.

Ce devoir de sauvegarde communautaire, qui s'applique sans exception aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire dans les Etats membres, n'est pas totalement laissé, quant à son contenu, à leur liberté d'action politique. La Communauté pose des conditions instrumentales. Ils doivent ainsi tenir compte, lors de la mise en œuvre de ce devoir communautaire, des principes juridiques qui sont déduits par la Cour de Justice de la loyauté communautaire inscrite dans l'article 5 Traité CE et des prescriptions de sauvegarde dans la législation communautaire. La Cour de Justice a contraint les Etats membres à prévoir des procédures et des sanctions dotées d'un caractère effectif, proportionnel et dissuasif et, en outre, les violations des dispositions du droit communautaire doivent être punies dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles

(1) Règlement 2048/89, *JO* 1989, L 202 en matière viticole; Règlement 2262/84, *JO* 1984, L 208 en matière d'huile d'olive et Règlements 2075/92, *JO* 1992, L 215 et 85/93, *JO* 1993, L 12 en matière de culture du tabac.

(2) Voyez le Règlement 2847/93, *JO* 1993, L 26.

(3) Les compétences de l'UCLAF ne sont pas explicitement réglées dans un règlement communautaire. Lors d'actions opérationnelles, les euro-fonctionnaires peuvent cependant s'appuyer sur des dispositions spécifiques dans les règlements ou sur des dispositions cadres comme l'art. 12 du règlement de contrôle de l'agriculture 3508/92, *JO* 1992, L 355 ou (dans l'avenir) sur l'art. 18 de la modification du Règlement 1552/89 relatif aux ressources propres de la CE (COM (94) 458 def. *JO* 1994, C 382.

qui sont applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaire (principe d'assimilation)⁴. Il doit y être satisfait non seulement dans la législation mais également dans la pratique de sauvegarde. A côté de cela, la Communauté dispose de la compétence d'élaborer par le biais législatif des prescriptions communautaires relatives à la sauvegarde nationale (contrôle, sanction)⁵. Ceci a encore été confirmé récemment pour ce qui concerne les prescriptions administratives de sauvegarde⁶. Ces prescriptions doivent être appliquées par les Etats membres. A côté des conditions instrumentales, les Etats membres doivent également prendre en considération, lors de la sauvegarde du droit communautaire, les principes juridiques communautaires en matière de garanties juridiques.

Bref, le devoir de sauvegarde des Etats membres se voit précisé quant à ses buts par le droit communautaire. Il incombe par conséquent à l'Etat membre de mettre en place, au sein de la marge des prescriptions et obligations communautaires, son régime de sauvegarde et de choisir, au sujet de la sauvegarde des terrains de politique communautaire, entre les régimes et les instruments de sauvegarde nationaux. En principe, l'ensemble de la gamme des possibilités est mise à sa disposition (de l'auto-régulation aux peines d'emprisonnement). Il n'en est toutefois ainsi que dans certaines situations; les obligations communautaires contraindront aux sanctions punitives de nature administrative ou même de nature pénale ou aux peines d'emprisonnement. Certains règlements contraignent ainsi les Etats membres à mettre en place une voie de sauvegarde de droit public⁷. Lorsqu'un certain type de fraude fiscale nationale ou de fraude aux subsides est sanctionnée pénalement, ceci devra également s'appliquer, sur la base du principe d'assimilation, aux fraudes CE similaires.

Une autonomie de sauvegarde pénale?

Les Etats membres exploitent néanmoins fréquemment devant la Cour de Justice des arguments issus de leur droit pénal national en vue de ne pas

(4) Voyez notamment affaire 68/88, Commission européenne v. Grèce, *Jur.* 1989 (2965) et la communication de la Commission à la suite de cette affaire, *JO* 1990, C 147/3. Pour un commentaire: VERVAELE, J.A.E., *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, PUF, Paris, 1994, 6-16.

(5) Voyez VERVAELE, J.A.E., Administrative sanctioning powers of and in the Community. Towards a system of European Administrative Sanctions, in VERVAELE, J.A.E., (ed.), *Administrative law application and enforcement of community law in the Netherlands*, Deventer-Boston, 1994, 161-202.

(6) Affaire C-240/90, *Jur.* 1992, I-5383.

(7) Art. 31, alinéa 1^{er} du règlement 2847/93, *JO* 1993, L 26 oblige les Etats membres en cas d'infractions à la pêche à «l'introduction d'une action administrative ou pénale».

respecter certaines obligations communautaires, avec, comme argument principal, que la Communauté ne dispose pas de la compétence d'intervenir dans l'autonomie pénale nationale. Selon une jurisprudence bien établie, le principe même de la priorité du droit communautaire s'oppose à ce qu'un Etat membre s'appuie exclusivement sur les prescriptions nationales, même celles de nature pénale, en vue de refuser d'exécuter ses obligations communautaires. Toutefois, l'efficacité du droit communautaire ne peut pas différer selon les différents domaines du droit national, au sein desquels son fonctionnement peut se faire ressentir⁸. Bref, le droit pénal (procédural) relève en principe de la compétence des Etats membres mais le droit communautaire peut poser des conditions à l'exercice et au contenu de cette compétence dans le cadre de la sauvegarde du droit communautaire. Le droit pénal ne doit pas seulement être laissé hors d'application lorsque les normes devant être sauvegardées semblent être en contradiction avec le droit communautaire (intégration négative) mais le droit communautaire pose incontestablement des conditions à la sauvegarde pénale nationale qui est également mise en œuvre en vue du respect du droit communautaire – et ceci est un choix de l'Etat membre – et, dans ce cadre, les principes juridiques élaborés par la Cour de Justice, sur la base de l'article 5 du Traité CE, s'appliquent intégralement. Jusqu'à présent, il n'existe pas encore, en ce qui concerne le Traité CE⁹, un droit communautaire en vigueur qui prescrive des sanctions pénales. Il y a toutefois des prescriptions qui concernent l'établissement de la norme (*norma agendi/prohibendi*) ou qui déterminent des conditions auxquelles la sanction doit satisfaire. La question de savoir si la Communauté dispose de la compétence de contraindre les Etats membres à incriminer les prescriptions communautaires et à prescrire des dispositions relatives à la nature et au niveau de la sanction, au fonctionnement *ratione materiae*, *ratione loci*, aux aspects procéduraux, aux modalités d'application (prescription, classement sans suite, etc.) et à la coopération internationale en matière pénale demeure controversée. L'harmonisation des parties du droit pénal (procédural) des Etats membres sur la base de l'article 100a juncto 235 du droit communautaire est et demeure donc un point de discussion. Au sein du groupe de travail ad hoc droit communautaire-droit pénal dans le cadre de la Coopération Politique Européenne¹⁰, la délégation néerlandaise ne

(8) Affaire 82/71, Ministère public italien/Sail, *Jur.* 1971 (0119). Cf. aussi GRASSO, G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Turin, 1989.

(9) L'article 27 du Statut de la Cour de Justice, qui fait partie du droit communautaire primaire, prescrit ainsi l'usage du droit pénal national.

(10) Ce groupe de travail a entre-temps été intégré dans le groupe d'experts centré sur la coopération judiciaire dans le cadre du troisième pilier. En ce qui concerne le rapport du groupe de travail ad hoc, voyez VERVAELE, J.A.E., *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, PUF, Paris, 1994, 413.

semblait pas exclure que la réglementation communautaire puisse contraindre les Etats membres à prévoir exclusivement des sanctions pénales, à condition toutefois que la norme devant être sanctionnée pénalement relève du domaine du droit communautaire et que l'harmonisation ne conduise pas à une violation de ce qui est considéré par les Etats membres comme points de départ importants – ou d'une partie d'entre eux – du droit pénal ou de la procédure pénale. Par mesure de sécurité, le point de vue ministériel cite déjà quelques exemples de ces points de départ: responsabilité pénale des personnes morales, peines minimum, principe d'opportunité, etc.¹¹. Cette question d'harmonisation est, en ce qui concerne notamment la sauvegarde du code douanier communautaire¹², où les commandements et les interdictions relatives à l'importation et à l'exportation concernent uniquement les frontières extérieures de la Communauté et sont donc identiques pour tous les Etats membres, et la lutte contre la fraude communautaire, plus que jamais d'actualité. L'avis partagé du groupe de travail ad hoc droit communautaire-droit pénal laissa toute latitude aux ministres de la Justice de charger la Commission d'une recherche complémentaire portant sur le besoin d'une «plus grande compatibilité» entre les dispositions de sauvegarde administratives et pénales dans les Etats membres¹³. Le mot «harmonisation» est soigneusement évité. Même la Cour de Justice ne s'est pas encore prononcée de façon explicite sur cette épineuse question de principe. Seul l'A.-G. JACOBS s'est explicitement prononcé: «Certainly, then, Community law in its present state does not confer on the Commission (or on the Court of First Instance or the Court of Justice) the function of a criminal tribunal. It should be noted however that that would not in itself preclude the Community from exercising, for example, powers to harmonize the criminal laws of the Member States, if that were necessary to attain one of the objectives of the Community»¹⁴.

La sauvegarde juridique et la coopération mutuelle

Le devoir de sauvegarde communautaire ne s'arrête en outre pas aux frontières des pays. En raison du marché interne et de la libre circulation, beaucoup d'infractions au droit communautaire présentent un caractère transfrontalier. La Cour de Justice a, sur la base de l'art. 5 Traité CE, prévu un devoir communautaire de coopération mutuelle entre les Etats membres eux-mêmes (horizontale) et entre les Etats membres et la Com-

(11) TK, 1991-1992, 22300 VI, 39, 12.

(12) Règlement 2913/92, JO 1992, L 302.

(13) Résolution 13 novembre 1991, JO 1991, C 328.

(14) Conclusions de l'AG JACOBS dans l'affaire C-240/90, *Jur.* 1992, I-5383, considérant 12.

munauté (verticale)¹⁵. Cette coopération porte tant sur l'exécution¹⁶ que sur la sauvegarde du droit communautaire. Non seulement les organes de la *trias politica* nationale mais également les organes communautaires¹⁷, chacun au sein de ses compétences, y sont tenus. En principe, le devoir de collaboration s'étend à toutes les formes de coopération, y compris la coopération judiciaire pénale. Le même raisonnement relatif au droit pénal national s'applique à l'entraide judiciaire en matière pénale. La matière relève en principe de la compétence des Etats membres mais lorsque les Etats membres optent pour cette voie de sauvegarde, le droit communautaire y transparait et le législateur communautaire peut y formuler des conditions et y déployer, le cas échéant, des initiatives¹⁸. On peut toutefois se demander si ce droit d'initiative s'étend au point que la Communauté puisse contraindre les Etats membres à un système fermé d'entraide judiciaire en matière pénale en vue de la sauvegarde du droit communautaire dans l'espace communautaire. Il est toutefois important qu'un nouvel article 209a soit repris dans le Traité CE, article qui oblige explicitement les Etats membres à la coopération, à l'intervention coordonnée et à la collaboration entre les services étatiques compétents (horizontal) et avec la Commission (vertical). La portée de l'article est limitée à la protection des intérêts financiers de la CE, mais celui qui connaît les ramifications des recettes et des dépenses CE sait que le droit communautaire comporte beaucoup de facettes financières. La question est de savoir si l'art. 209a juncto 100a du droit communautaire constitue désormais une base juridique suffisante pour l'harmonisation des dispositions de sauvegarde internationale des Etats membres et donc pour une approche de sauvegarde intégrée dans l'espace communautaire. On n'est même pas parvenu à répondre à cette question en raison des développements politiques rapides dans le domaine de la sauvegarde européenne: Schengen, troisième pilier et Europol.

(15) Voyez TEMPLE LANG, J., Community Constitutional law: article 5 EEC Treaty, *Common Market Law Review*, 1990, 645; LÜCK, M., *Die Gemeinschaftstreue als allgemeine Rechtsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1991 et BLANQUET, M., *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, 1994.

(16) Le fait que les administrations des Etats membres sont tenues de collaborer lors de la réalisation du marché interne et de la mise en œuvre du fonctionnement de la reconnaissance mutuelle a été confirmé à de nombreuses reprises par la Cour de Justice.

(17) Affaire Zwartveld, C-2/88 Imm., *Jur.* 1990 (I-3665).

(18) Voyez un commentaire de C.W.A. TIMMERMANS au sujet de l'affaire 1/78, IAEA, *Jur.* 1978 (2151) in *La sanction des infractions au droit communautaire*, in Fide II, *La sanction des infractions au droit communautaire*, Lisbonne, 1992, 54; voyez également affaire C-9/89, Espagne versus Commission, *Jur.* 1990 (I-1405).

Troisième pilier et le Traité de l'Union

La Convention d'application Schengen de 1990, entrée en vigueur au printemps dernier, est suffisamment connue. La réalisation de la libre circulation au sein du marché interne pour la fin de 1992, telle qu'obligatoirement établie par l'actuel article 7a Traité CE, exigea une collaboration politique et judiciaire extrême ainsi que l'harmonisation au sein de bon nombre de domaines. Par la divergence d'opinions entre les Etats membres et la Commission à propos du mode de réalisation de la libre circulation des personnes et notamment des mesures de contrôle l'accompagnant, l'ensemble du concept de marché interne menaça d'échouer. C'est pour cette raison que le Conseil européen chargea un groupe de coordinateurs « Libre circulation des personnes » de la coordination de toutes les activités intergouvernementales et communautaires. Ces travaux ont conduit à un plan de travail (Document de Palma) qui peut être considéré comme projet de coopération dans les domaines de la Justice et de l'Intérieur. Les pays initiateurs de Schengen, suivis en cela par d'autres Etats¹⁹, ont toutefois clairement donné la préférence à un règlement de cette coopération de sauvegarde en dehors de la structure communautaire, au sein d'un Traité intergouvernemental. La Commission européenne a, par réalisme politique, accepté ce développement; ce qui la confronte maintenant à une action juridique du Parlement européen auprès de la Cour de Justice²⁰.

Les mêmes motifs sont intervenus lors de l'élaboration de la structure en trois piliers du traité d'Union qui est entré en vigueur en novembre 1993. Dans le troisième pilier (titre VI), un nouveau cadre institutionnel de coopération a été inséré au sein de la structure de l'Union dans les domaines de la Justice et de l'Intérieur. Ce pilier est indépendant du premier pilier communautaire et possède un contenu à forte coloration intergouvernementale. Ce sont les Etats membres qui considèrent un certain nombre de domaines, tels par exemple la politique d'asile et d'immigration, la lutte contre la toxicomanie et la fraude internationale, la coopération judiciaire et policière, comme des matières d'intérêt communautaire (art. K1). La Commission européenne est, il est vrai, entièrement impliquée dans les travaux du troisième pilier (art. K4, alinéa 2) mais est privée formellement d'un droit d'initiative dans un certain nombre de domaines, à savoir la coopération judiciaire en matière pénale, la coopération douanière et la coopération policière (art. K3, alinéa 2). Ceci signifie concrètement que la Commission ne peut pas déployer d'initiatives en vue de faire

(19) Seul le Royaume-Uni semble réticent à l'égard de la coopération tant communautaire qu'intergouvernementale.

(20) Affaire C-445/93, Parlement européen contre Commission des Communautés européennes, en cours.

prendre au Conseil des Résolutions sous la forme de points de vue communautaires, d'interventions/actions communautaires ou de conventions. Il semble donc que l'intégration et l'harmonisation dans le domaine de ces matières de sauvegarde essentielles pour le droit communautaire reposent purement et simplement entre les mains des Etats membres. L'art. K1 établit pourtant formellement que l'objectif du troisième pilier est centré sur la réalisation des objectifs de l'Union, donc également sur ceux du premier pilier et notamment sur la libre circulation des personnes. Les domaines cités à propos desquels la Commission ne dispose pas d'un droit d'initiative demeurent cependant explicitement exclus d'une éventuelle communautarisation par le biais d'une formule passerelle (art. K9). Il est toutefois important que les art. K1 et M laissent formellement intacts l'acquis communautaire («sans préjudice des compétences de la CE») et que l'art. B des Dispositions communautaires destinées aux trois piliers (Titre I) relève des objectifs de l'Union: la sauvegarde complète et le développement ultérieur de l'acquis communautaire. Cet enchevêtrement institutionnel ouvre des possibilités à la Cour de Justice en vue de, en tant que gardienne de l'acquis communautaire, juger l'admissibilité ou non des résolutions du troisième pilier, même si sa compétence n'est pas explicitement prévue²¹.

L'avantage du troisième pilier consiste incontestablement dans le fait que toutes les anciennes formes de coopération intergouvernementale (TREVI, le comité européen en matière de lutte contre la drogue CELAD, le groupe coopération mutuelle GAM, le groupe coopération judiciaire, etc.) sont intégrées en une seule structure²². Le troisième pilier contient tant pour les Etats membres que pour la Communauté l'obligation de collaborer dans un certain nombre de domaines. Il s'avère ainsi que l'occasion soit donnée pour renforcer l'efficacité interne de la coopération intergouvernementale au sein de l'espace européen et pour élaborer la concordance avec (la sauvegarde de) la politique communautaire (efficacité externe). L'Union européenne a besoin d'une approche intégrée au sein de laquelle les matières du troisième pilier peuvent agir de manière complémentaire à l'égard de la politique communautaire. Une coopéra-

(21) LO MONACO, A., Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures, *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1995, 21.

(22) Voyez SCHUTTE, J.J.E., Europese samenwerking inzake justitie en veiligheid, *themanummer Panopticon*, Europees strafrecht in intergouvernementeel en communautair perspectief, 1992, 533. L'art. K7 offre toutefois la possibilité à deux ou à plusieurs Etats membres de mettre en place une coopération plus étroite. Ceci légitime également les traités Schengen. L'absence de contradiction avec le troisième pilier constitue toutefois une condition. La convention Schengen de 1990 prévoyait déjà (art. 134) que les dispositions Schengen ne sont d'application que pour autant qu'elles soient conciliables avec le droit communautaire.

tion policière poussée sous la forme d'Europol ou une coopération entre les ministères publics ou le pouvoir judiciaire des Etats membres ne constituent que quelques exemples.

Il existe toutefois des signes indiquant que l'idée de complémentarité n'occupe pas une place importante au sein des Etats membres. On y est davantage tenté de considérer les matières d'intérêt communautaire définies dans l'article K1 comme appartenant exclusivement au troisième pilier et de les lire aussi largement que possible. Les développements législatifs dans le domaine de la fraude communautaire et du droit pénal en sont une excellente illustration. Il existe une volonté d'intégrer le droit pénal dans la coopération européenne mais celle-ci est clairement liée à un désir tout aussi net d'en exclure la Communauté²³.

La lutte contre la fraude communautaire dans l'Union européenne

Depuis les années soixante déjà, la Commission européenne a entrepris des tentatives en vue de prévoir, au sein de l'ordre juridique des Etats membres, une protection suffisante pour les intérêts financiers de la Communauté. Le projet de traité Euro-crimes²⁴ de 1974, conçu en tant que protocole lié aux Traités CE, prévoyait déjà l'incrimination de la fraude communautaire et le principe communautaire de territorialité. Au sein du COREPER, le consensus politique nécessaire en vue de l'approbation de ce Traité n'a jamais existé. Ce n'est qu'à la fin des années quatre-vingts, suite à la critique croissante relative à la fraude communautaire, qu'il fut à nouveau œuvré à des solutions. Une proposition en vue d'un règlement cadre en matière de compétences de contrôle communautaires et de prescriptions de sanctions administratives communautaires et une proposition en matière de principes juridiques en cas de sanctions punitives administratives²⁵ ont été retirées en 1994 par la Commission et remplacées par deux nouvelles propositions²⁶. Le groupe de travail responsable de la Commission s'est fondé pour ce sur le résultat des études comparatives en matière de sauvegarde administrative et pénale du droit communautaire dans les Etats membres, sur la jurisprudence récente de la Cour de

(23) Cf. aussi SALAZAR, L., Le Conseil des ministres de Justice face aux nouveaux défis de Maastricht, AGON, *Bulletin trimestriel des Associations des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, 8, 1995, 3-4.

(24) JO 1976, C 222.

(25) Voyez VERVAELE, J.A.E., Administrative sanctioning powers of and in the Community. Towards a system of European Administrative Sanctions, in VERVAELE, J.A.E., (ed.), *Administrative law application and enforcement of community law in the Netherlands*, Deventer-Boston, 1994, 161-202.

(26) COM (94) 214 def, JO 1994, C 216.

Justice et sur les nouvelles dispositions du traité d'Union. Les deux propositions sont orientées sur la protection des intérêts financiers de la Communauté et doivent être qualifiées de propositions cadre en vue d'une approche large, horizontale des matières présentant des implications pour les recettes et dépenses de la Communauté (ressources propres, TVA, subsides en matière agricole, subsides en matière de fonds structurels, etc.). Les deux propositions contiennent une définition identique de la fraude communautaire: «Est constitutive d'une irrégularité toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget géré par les Communautés, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue».

En dépit des objectifs identiques et du champ d'application clairement circonscrit, les propositions se font surtout remarquer par leur modelage institutionnel différent. La proposition 1 est en effet une proposition en vue d'un règlement dans le cadre du premier pilier communautaire du Traité d'Union. Bien que la proposition porte le titre neutre «relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés», elle consiste en une réglementation cadre des sanctions administratives. La proposition réalise une répartition tripartite des infractions touchant les intérêts financiers de la CE. Celui qui porte préjudice en l'absence d'intention ou de négligence (variante objective d'infraction) commet une irrégularité, pour laquelle les mesures suivantes peuvent être imposées: le retrait et/ou la récupération d'un avantage indûment perçu, éventuellement augmenté d'un intérêt, la perte de l'avantage indûment obtenu et la confiscation totale ou partielle d'une garantie ou d'un cautionnement. Il s'agit en fait ici de dispositions de sanctions qui consistent dans le retrait d'une décision favorable et qui doivent être considérées comme sanctions réparatrices. Ces mesures sont toutefois clairement exclues, dans le projet de règlement, du concept de sanction. Lorsqu'il est quand même question d'intention ou de faute grossière (variante subjective d'infraction), l'auteur commet alors une fraude qui, à côté des mesures en cas d'irrégularité, doit également être sanctionnée par une sanction administrative devant être imposée par l'Etat membre ou par la Commission, si la législation communautaire spécifique le prévoit. On pense en la matière à une amende administrative; au retrait total ou partiel d'une contribution, même si une partie seulement a été perçue indûment; à l'exclusion d'un régime d'aide communautaire pour une période postérieure et à la suspension ou au retrait définitif d'une reconnaissance nécessaire à la participation à un régime d'aide communautaire. La proposition prévoit également que des sanctions administratives peuvent, le cas échéant, être prévues dans la législation communau-

taire spécifique à l'égard des irrégularités (responsabilité objective), si le besoin s'en fait ressentir. La proposition prévoit, en troisième lieu, le concept *fraus legis*, qui a pour conséquence la perte de tous les droits ou avantages. A côté de cela, la proposition prévoit également une réglementation cadre pour les compétences des euro-contrôleurs.

Il est remarquable que la proposition de règlement ne soit pas fondée sur l'art. 100a juncto 209a mais sur l'art. 235, accompagnée de la considération explicite du «explanatory memorandum»: «The Commission considers the legal basis for the Community law instrument to be Articles 235 EC and 203 Euratom. The objective is to establish horizontal Community rules that do not merely provide for Community penalties (a specific sectoral instrument would have sufficed for that purpose) but would apply across the board to the general management of the Community's finances; the 'default' legal bases available in the two Treaties must accordingly be used. (...) Article 209a EC writes a specific provision for the member States' obligation to treat fraud against the Community budget in the same way as fraud against their own, but contains no enabling provisions for subordinate legislation». A mon avis, cette interprétation peut être attaquée sur le plan juridique; c'est également une occasion manquée de donner forme à une harmonisation de la sauvegarde prenant comme base juridique l'art. 100a juncto 209a. De plus, on accepte ainsi d'avance que le Traité ne prévoit pas la compétence en matière de prescriptions de sanctions administratives et fasse donc appel à la solution d'urgence de l'article 235 et ce, pour une matière par excellence communautaire comme le sont les finances de la Communauté. La Cour avait pourtant reconnu cette compétence, même en dehors de la politique agricole commune²⁷. Le choix de l'article 235 en matière de prescriptions de sanctions administratives a pour ainsi dire automatiquement comme conséquence d'écarter les prescriptions de sanctions pénales. Il n'est donc pas étonnant que la deuxième proposition consiste en une proposition en vue d'un Traité dans le cadre du troisième pilier du Traité d'Union, ayant pour but de contraindre les Etats membres à insérer le concept de fraude²⁸ dans leur droit pénal en tant qu'incrimination spécifique. La tentative devrait également être

(27) Affaire C-240/90, Allemagne v. Commission, *Jur.* 1992 (I-5383); SCHOCKWEILER, F., *La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour*, Luxembourg, juin 1995, non publié, 6-7: «Depuis cet arrêt, il est ainsi établi à l'exclusion de tout doute que la Communauté dispose d'un pouvoir normatif propre lui permettant d'édicter des sanctions. (...) Ce pouvoir devrait ainsi appartenir à la Communauté dans tous les cas où elle a compétence, à quelque titre que ce soit, pour imposer une réglementation uniforme dont l'effectivité et l'efficacité exigent que la méconnaissance de la réglementation soit assortie de sanctions ayant un effet égal dans tous les Etats membres».

(28) Cette proposition se limite à la fraude avec intention ou par négligence. Les concepts «irrégularités» et «*fraus legis*» n'apparaissent pas ici.

incriminée et les personnes tant physiques que morales devraient être pénalement responsables. Les sanctions pénales doivent consister en une peine privative de liberté ou en une amende ou les deux et un certain nombre de circonstances aggravantes sont définies. A côté d'un certain nombre de dispositions relatives à la juridiction pénale, la proposition contient également une série de dispositions relatives à l'entraide judiciaire en matière pénale²⁹. Pour terminer, la compétence de la Cour de Justice est prévue, tant par le biais du chemin préjudiciel 177 que sur requête d'un Etat membre ou de la Commission.

Ces deux propositions sont le résultat de négociations juridiques et politiques laborieuses au sein de la Commission, au cours desquelles les Directorats généraux, le service juridique et le secrétariat général n'ont pas souvent été d'accord. La communication à la presse du sg³⁰, dans laquelle on peut lire: «The Community has no power to legislate in criminal law matters, which are reserved for the Member States. Consequently it is not possible for Community law to harmonize the penalties applicable in the event of criminal fraud», n'a pas été bien accueillie dans tous les Directorats généraux³¹. C'est compréhensible puisque cette affirmation constitue en tout cas un revirement absolu. Depuis le projet de traité Euro-crimes, la Commission a en effet tenté d'intégrer la protection pénale des intérêts financiers de la CE dans l'ordre juridique de la Communauté.

Bref, la protection des intérêts financiers de la Communauté et par là aussi la sauvegarde juridique du droit communautaire sont, par suite de ces propositions, fondamentalement dispersées entre le premier pilier (sauvegarde administrative) et le troisième pilier (sauvegarde pénale)³². Ce nouveau développement est surprenant et peut avoir des conséquences importantes sur l'approfondissement de l'intégration européenne, car nous ne savons que trop bien que la sauvegarde du droit communautaire constitue l'élément essentiel de l'intégration européenne³³. Pourquoi est-ce surprenant? En vue de la préparation du Conseil de la Justice de novembre 1991, les représentants officiels des Etats membres étaient d'accord, au sein du groupe de travail ad hoc droit communautaire-droit pénal, sur le fait que «the intensity and quality of economic and political integration in

(29) Ces dispositions en matière d'assistance mutuelle sont adjointes à titre indicatif, puisque le droit d'initiative de la Commission dans le troisième pilier ne s'étend pas à la coopération judiciaire.

(30) IP/94/531.

(31) DE ANGELIS, F., Direction générale contrôle financier, discours d'ouverture, *Revue de Science criminelle et de Droit pénal Comparé*, 1995, 6.

(32) Ce développement est en opposition avec une sauvegarde de droit public qui se forme tant dans une perspective instrumentale qu'une perspective de garantie. Voyez VERVAELE, J.A.E., *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht*, Deventer, 1994.

(33) Les quotas laitiers et les super-prélèvements italiens n'ont que trop fait ressortir ce point.

the Community is also determined by observance of community law in the Member States and the provisions made for law enforcement (monitoring, investigation and the application of sanctions) in the event of violation of community law»³⁴. En deuxième lieu, le contenu juridique du troisième pilier ne contraint en aucun cas la Commission à une approche relevant exclusivement du troisième pilier en matière de sauvegarde pénale du droit communautaire. Dans l'article K.1, il n'est nulle part question de droit pénal ou de fraude communautaire. Il est seulement question de fraude internationale et de coopération judiciaire en matière pénale. De plus, ces matières d'intérêt communautaire ne doivent pas être lues comme donnant lieu à des compétences (contrairement aux compétences de la CE) et moins encore à des compétences exclusives. C'est ainsi qu'en matière de lutte internationale contre la fraude, de coopération douanière et d'entraide judiciaire en matière pénale, il importe de cerner les aspects repris dans le premier pilier communautaire et ceux repris dans le troisième pilier intergouvernemental qui doivent être réglés. Il est inquiétant que cette analyse ne soit pas faite ou n'ait pas suivi pour la protection des intérêts financiers de la Communauté qui est tout de même une matière centrale de la Communauté. La Commission menace ainsi de perdre son droit d'initiative et de ne pas appliquer l'article 155, selon lequel la Commission est responsable de l'exécution de la politique communautaire et du contrôle du respect de celle-ci.

Les propositions relatives à la fraude communautaire au sein du Parlement européen

Ce souci est également partagé par le Parlement européen qui, à partir de sa compétence budgétaire, attache beaucoup d'attention à la perception et à l'emploi des fonds communautaires. Le 11 mars 1994, le Parlement européen a encore requis, sur la base de l'article 138b (2) Traité CE, la Commission d'élaborer un règlement en matière de compétences opérationnelles de l'UCLAF; une directive en matière d'harmonisation de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union; un règlement en matière de sanctions administratives dans le droit communautaire et un arrêté législatif concernant la responsabilité financière et disciplinaire des fonctionnaires chargés de l'exécution du budget.

Les deux propositions de la Commission ne rencontrent en aucun cas cette requête et l'on pouvait dès lors donc s'attendre à ce que le Parlement européen se montre particulièrement critique. Un avis sur les deux propositions a été demandé au Parlement européen sur la base de l'article 235

(34) Voyez VERVAELE, J.A.E., *op. cit.*

du Traité CE et de l'article K.6 du Traité d'Union. La Commission Contrôle Budgétaire s'est penchée sur la proposition de règlement³⁵; la Commission Libertés Civiles et Intérieur a donné son avis sur le Traité et sur une proposition anglaise pour une action commune³⁶.

En ce qui concerne le règlement en matière de prescriptions de sanctions administratives, la Commission Contrôle Budgétaire se montre surtout en désaccord avec la base juridique. L'article 235 est entièrement rejeté pour des motifs juridiques et politiques. Les articles 43, 100a et 209a doivent le remplacer; ce qui accorderait d'ailleurs un droit de co-décision au Parlement européen. La proposition est ensuite amendée en vue de conférer à l'UCLAF des compétences opérationnelles réelles, de régler la force probante de ses constatations de contrôle et d'insérer une base juridique pour la collaboration entre l'UCLAF et les services judiciaires. En ce qui concerne le Traité en matière de protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, la Commission Libertés Civiles et Intérieur est d'avis que la Communauté dispose de la compétence pour protéger elle-même ses intérêts financiers et a également, sur la base de l'article 155, le devoir d'exécuter la politique communautaire et de contrôler son respect. La sauvegarde administrative et la sauvegarde pénale ne doivent pas être strictement scindées et doivent dès lors être réglées au sein du même contexte institutionnel, à savoir le contexte communautaire. C'est pourquoi la proposition de Traité est considérée comme la «renationalisation de la politique communautaire». Par conséquent, il est demandé à la Commission européenne de retirer la proposition de Traité et d'élaborer une directive à la place. Joignant le geste à la parole, un projet de directive ad informandum est pris, comportant comme base juridique l'article 100a juncto 209a. Ce projet rend obligatoire l'incrimination spécifique de fraude communautaire sous une forme rencontrant les exigences de qualité qui ont été posées par la Cour de Justice. De plus, il est demandé aux Etats membres d'établir des règles plus précises en ce qui concerne la fraude communautaire et ses relations avec le blanchiment, la responsabilité des personnes morales et des dirigeants, la tentative, le cumul de sanctions administratives et pénales, la délimitation de la liberté politique en matière de transaction et de classement sans suite, la coopération judiciaire en matière pénale, etc. Cette directive n'enlève rien à la nécessité d'un traité, complémentaire à la lutte contre la fraude communautaire, en matière de

(35) Rapport de la Commission Contrôle Budgétaire, rapporteur D. THEATO, A4-0040/95, 3 mars 1995.

(36) Rapport de la Commission Libertés Civiles et Intérieur, rapporteur R. BONTEMPI, A4-0039/95, 3 mars 1995. La proposition anglaise, non pour une convention mais pour une action commune, a été faite dans le groupe de travail ad hoc droit communautaire-droit pénal et a été centrée sur la réalisation d'une protection pénale effective des intérêts financiers de la CE.

lutte contre la fraude internationale. Etant donné que la Commission n'a pas suivi la demande d'action du Parlement européen, les deux rapporteurs ont brandi la menace d'une action juridique en négligence devant la Cour de Justice (art. 175 Traité CE).

Processus décisionnel concernant les propositions en matière de fraude communautaire

Les conceptions des deux rapporteurs ont reçu, le 15 mars, un appui massif du Parlement européen. Le commissaire GRADIN ne s'est néanmoins pas attaché à l'avis parce qu'il n'existait pas au sein du Conseil la volonté politique nécessaire pour emprunter cette voie. En juin, les propositions de règlement et de convention ont respectivement été traitées au sein du Conseil ECOFIN et du Conseil Justice-Intérieur. Cette scission institutionnelle au cours du pré-parcours est très malheureuse, étant donné l'imbrication des deux matières et le fait que le Conseil JI est tout autant compétent pour édicter la législation communautaire dans les domaines du premier pilier relevant de la Justice ou de l'Intérieur (art. K.8). Le fait que la Commission ait toutefois opté pour le Conseil ECOFIN est très compréhensible, vu la conception proactive en matière de troisième pilier de beaucoup de ministres de la Justice et de l'Intérieur, qui limitent leur compétence «ad excludendum» à la coopération du troisième pilier. Le traitement du contenu des deux propositions au sein des groupes de travail officiels s'est déroulé avec difficulté, en raison de désaccords sur de nombreux points. Les deux textes ont été adoptés par le Conseil des Ministres. Ils étaient également placés sur l'agenda du Conseil européen de Cannes. Le passage positif dans les conclusions de la présidence³⁷ ne laisse pas soupçonner que les deux propositions ont été considérablement amendées dans les groupes de travail, lors des Conseils des Ministres et même lors du sommet des chefs de gouvernement. Les Etats membres ont voulu autant que possible endiguer l'influence du règlement et de la convention. Je me limite aux points les plus importants. La similitude des définitions de fraude dans le règlement et dans la convention a été brisée. Dans le règlement, il n'est plus question que d'irrégularités qui sont traitées³⁸ au moyen de mesures (sanctions non punitives) et d'irrégularités intentionnelles ou par négligence qui peuvent être abordées au moyen de sanctions punitives administratives. La clause de «responsabilité objective» a dis-

(37) Le Conseil européen se réjouit que les discussions relatives au règlement et à la Convention concernant la protection des intérêts financiers de la Communauté soient terminées. Il a constaté qu'il existe un accord sur le texte de cette Convention qui doit être signée avant le 31 juillet.

(38) Ces mesures sont également possibles en cas de *fraus legis*.

paru. La convention ne comporte que la notion de fraude. On doit à ce propos relever que l'élément moral a reçu un contenu beaucoup plus étroit, à savoir limité à l'acte ou à l'omission volontaire. La négligence et le non-respect des obligations de soin ont disparu. Tous les doubles emplois n'ont pas été écartés de la sorte car certains actes peuvent aussi bien tomber sous le concept d'irrégularité intentionnelle que de fraude, avec le risque d'une double poursuite et sanction. Les textes ne comprennent toujours pas de disposition ne bis in idem ou anti-cumul mais l'article 6 du règlement reprend un nouveau texte qui régule le concours des deux procédures, du moins quand il s'agit de concours de sanctions punitives. Bref: lorsqu'à côté d'une procédure administrative à l'encontre d'une personne, une procédure pénale fondée sur les mêmes faits est ouverte, les autorités compétentes *peuvent* suspendre l'imposition de sanctions punitives administratives jusqu'au moment de la clôture de la procédure pénale (classement sans suite, transaction, non-lieu, condamnation). La procédure administrative peut être reprise par la suite si les principes juridiques généraux ne s'y opposent pas. En cas de reprise, la sanction communautaire prescrite doit au moins être imposée mais il *peut* être tenu compte de la sanction pénale qui a déjà été imposée. Ce règlement est donc une combinaison de «le pénal tient l'administratif en état» et le principe de compensation. Il est appréciable que le législateur communautaire ait pensé à la protection juridique de la personne sanctionnée mais on peut néanmoins se demander si l'effectivité du droit communautaire, comme par exemple les sanctions administratives dans le droit communautaire agricole, n'est pas entièrement sapée. Dans certains pays, les procédures pénales durent très longtemps et la réouverture de la procédure administrative dépend du droit national. On ne perçoit pas non plus clairement les principes juridiques généraux (d'origine nationale, communautaire ou internationale) qui peuvent entraver la réouverture. La Commission défendait la position selon laquelle les prescriptions de sanctions communautaires administratives, en tant que partie d'un règlement à effet direct, devaient avoir priorité sur les obligations pénales de la convention, mais ce point de vue n'a manifestement pas été suivi. La réglementation cadre pour les euro-contrôles a également disparu en grande partie et on a posé la condition, en contradiction avec les règlements sectoriels existants, d'un avertissement préalable de l'Etat membre.

Le contenu initial de la convention a encore été moins préservé. La coopération du troisième pilier ne se déroule, par définition, pas plus facilement que la variante communautaire. Ainsi qu'il est indiqué dans le préambule, l'objectif est, sous la prochaine présidence espagnole, de compléter cette convention par un deuxième texte de convention. L'obligation d'une incrimination spécifique de fraude communautaire est remplacée par un ensemble relativement complexe de prescriptions.

L'article 1^{er} concerne l'acte ou l'omission punissable; l'article 2, la sanction pénale. Bref: la fraude intentionnelle relative aux capitaux CE par acte ou omission pour un montant supérieur à 4000 Ecu doit être punissable. Une incrimination spécifique n'est plus exigée; les incriminations générales, comme la tromperie, le faux en écritures, etc. peuvent être utilisées en la matière. Si la rédaction intentionnelle ou l'usage d'écritures fausses, incomplètes ou incorrectes dans l'Etat membre ne tombe pas sous l'incrimination susmentionnée, ils doivent être incriminés sous la forme de délit distinct ou de complicité, d'incitation ou de tentative. La complicité, l'incitation ou la tentative en matière de fraude communautaire doivent également être punissables. Les sanctions de ces faits incriminés doivent être effectives, proportionnelles et dissuasives. En cas de fraude grave, des peines d'emprisonnement permettant l'extradition doivent s'appliquer. Il incombe aux Etats membres de définir la fraude grave mais la barre ne peut pas dépasser les 50000 Ecu. La responsabilité pénale des personnes morales est en outre rayée; seuls subsistent les dirigeants de fait. En ce qui concerne la juridiction pénale, il n'est plus question de territorialité communautaire ou de règles de priorité. Il n'existe pour les Etats membres qu'une obligation de faire l'effort de collaborer en vue de, si possible, centraliser les poursuites dans un Etat membre. Le devoir d'extradition a également disparu. Le texte ne contient plus qu'un certain nombre de dispositions concernant «out dedere out iudicare» et supprime l'exception fiscale pour l'extradition en matière de fraude communautaire. La double incrimination demeure toutefois une condition. Les dispositions relatives à la coopération judiciaire en matière pénale ont aussi été entièrement dépouillées. Une disposition pénale ne bis in idem est cependant nouvelle mais assortie d'un certain nombre d'exceptions. Pour terminer, les chefs de gouvernement ont réduit à néant à Cannes la compétence de la Cour de Justice. La procédure 177 (questions préjudicielles) a disparu. Les litiges relatifs à l'interprétation ou à l'adaptation des textes doivent d'abord être examinés et traités au sein du pilier K du Conseil. Ce n'est qu'après six mois et en l'absence d'une solution que la Cour de Justice devient compétente mais sa compétence se limite aux articles 1^{er} (définition de fraude) et 10 (communication à la Commission à propos des règles d'implantation). Cette compétence est très minime et incompréhensible. La définition pénale de fraude (comportement punissable et sanctions pénales) est déjà répartie entre les articles 1^{er} et 2.

Le résultat est à mon avis décevant. Le règlement est une réglementation cadre qui signifie un retour en arrière par rapport aux règlements sectoriels existants et à la jurisprudence de la Cour de Justice. La proposition de convention a été à ce point dépouillée qu'entre-temps il s'agit d'une boîte vide. On peut se demander s'il est ainsi satisfait au mandat politique tel qu'il a été formulé au Conseil européen d'Essen.

Conclusions

Les développements législatifs dans le domaine de la fraude communautaire montrent clairement que les Etats membres n'appliquent pas la structure du troisième pilier comme une partie complémentaire indispensable à la sauvegarde du droit communautaire. Le problème de la fraude communautaire constitue par excellence une matière communautaire au sein de laquelle toutefois les aspects de la coopération douanière, de la coopération policière et pénale jouent un rôle important. Il s'agit d'une thématique fonctionnelle à propos de laquelle tant le pilier communautaire que le troisième pilier doivent élaborer un plan de politique intégrée. A côté de la lutte communautaire contre la fraude menée par les DG et l'UCLAF et l'usage d'instruments communautaires (règlements de contrôle, partie communautaire du Customs Information System, VIES, IRENE), on doit examiner si et comment Europol, Schengen, la coopération judiciaire, etc. peuvent jouer un rôle lors de l'approche intégrée de la lutte contre la fraude communautaire. Au lieu de réunir de manière complémentaire les composantes communautaires et intergouvernementales, une lutte de concurrence sans fin qui n'a pas encore conduit à des résultats tangibles est toutefois menée. Il n'est donc pas étonnant que la Commission européenne, le Parlement européen et quelques Etats membres, en vue de la Conférence Intergouvernementale de 1996, plaident en faveur d'une intégration plus forte des premier et troisième piliers et de la suppression de la règle d'unanimité dans le troisième pilier.

L'approche de la lutte contre la fraude communautaire est illustrative de beaucoup de dossiers importants pendants et donc des nouvelles relations institutionnelles au sein de l'architecture de Maastricht. Beaucoup d'éléments laissent transparaître que la sauvegarde du droit communautaire sera de plus en plus réglée en dehors du droit communautaire. Les Etats membres ne sont généralement pas enclins à une sauvegarde effective du droit communautaire et recourent à la rhétorique de la souveraineté ou du droit pénal pour saper l'effet du droit communautaire. La Communauté a ainsi, déjà depuis des années, des règlements relatifs à l'assistance administrative mutuelle. Néanmoins, la révision du règlement, point important pour la sauvegarde, de l'assistance administrative mutuelle en matière de douane et d'agriculture est un calvaire. L'élaboration du Customs Information System (CIS) à composantes communautaires et internationales et la Convention CIS du troisième pilier ont donné lieu, au cours de l'année écoulée, à des péripéties animées en matière de compétence entre premier et troisième pilier. Ici également s'applique le principe selon lequel les politiques agricole et douanière appartiennent au noyau du droit communautaire. On tente néanmoins à tout prix de transférer autant que possible les aspects de sauvegarde vers le troisième pilier. Etant donné que le CIS et le Schengen SIS devront plus tard être idéalement absorbés

par le Système d'Information Européen (EIS), à propos duquel une convention du troisième pilier est également en préparation, ce développement n'est pas sans importance.

Il en résulte qu'au sein de l'Union européenne, les prescriptions relatives au droit punitif administratif, y compris l'amende administrative, et les prescriptions relatives au droit pénal sont institutionnellement séparées; ce qui entraîne des conséquences extrêmes pour la réussite d'une sauvegarde juridique intégrée, tant du point de vue des instruments que du point de vue des garanties juridiques. Il est question d'une séparation des biens dans le droit public de sauvegarde. Si ce développement se poursuit, on peut s'attendre à ce que la Commission (doive) s'orienter beaucoup plus, dans le pilier communautaire, sur les prescriptions communautaires administratives de sauvegarde et fasse davantage usage des prescriptions communautaires d'amende. Cela entraînera dès lors une augmentation de la sauvegarde administrative dans les Etats membres, à moins que les Etats membres ne reprennent naturellement encore davantage de dispositions artificielles de concours dans les règlements.

La discussion s'avère à première vue limitée à une lutte de compétence. En fait, il s'agit également de savoir si et comment l'Europe veut continuer l'intégration dans les domaines de la politique de l'Intérieur et de la Justice. Les Etats membres sont conscients qu'ils doivent davantage collaborer sur un certain nombre de points. Un certain nombre d'eux ne le font que parcimonieusement et de préférence en veillant à sauvegarder leurs privilèges, c'est-à-dire en n'empruntant pas la voie communautaire contraignante. C'est également la raison pour laquelle il existe autant de résistance à l'encontre de la compétence judiciaire de contrôle de la Cour de Justice. Pour toutes les conventions du troisième pilier, y compris la convention Europol et frontières extérieures, ceci constitue un point de discussion délicat, comme il est encore apparu à Cannes. En enlevant ou en freinant la compétence de la Cour de Justice, on passe non seulement à côté d'une approche intégrée de l'intégration européenne au sein de l'Union mais il est également mis fin à une tradition de protection juridique qui a été élaborée par la Cour de Justice. Etant donné les possibilités limitées de la CEDH quant à ces matières du troisième pilier, ceci est inquiétant. C'est pour ces raisons que la discussion relative aux fondements actuels de l'architecture policière et judiciaire de Maastricht, liée à la sauvegarde du droit communautaire, est sans doute plus importante, non seulement pour l'effectivité de la sauvegarde et l'intégration européenne, mais tout autant pour les garanties juridiques du citoyen.

John VERVAELE,
Professeur ordinaire à la Faculté de droit de
l'Université d'Utrecht (Pays-Bas)