

N° 4400

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1997-1998

PROJET DE LOI

**relatif aux détournements, aux destructions d'actes et de titres,
à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, à la corruption et portant
modification d'autres dispositions légales**

* * *

(Dépôt: le 22.1.1998)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (16.1.1998)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Exposé des motifs	5
4) Présentation générale des innovations proposées	8
5) Commentaire des articles	18

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relatif aux détournements, aux destructions d'actes et de titres, à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, à la corruption et portant modification d'autres dispositions légales.

Château de Berg, le 16 janvier 1998

Le Ministre de la Justice,
Marc FISCHBACH

JEAN

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Article I

Les articles 240 et 241 du code pénal sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

Du détournement

Art. 240.— Sera punie de la réclusion de cinq à dix ans toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge.

De la destruction d'actes et de titres

Art. 241.— Sera punie de la réclusion de cinq à dix ans toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, qui aura méchamment ou frauduleusement détruit ou supprimé des actes ou titres dont elle était dépositaire en cette qualité, ou qui lui avaient été communiqués à raison de sa charge.

Article II

Les articles 243 à 253 du code pénal sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

De la concussion

Art. 243.— Toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, qui se sera rendue coupable de concussion, en ordonnant de percevoir, en exigeant ou recevant ce qu'elle savait n'être pas dû ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, impôts, contributions, deniers, revenus ou intérêts, pour salaires ou traitements, sera punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, et pourra être condamnée, en outre, à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics.

La peine sera la réclusion de cinq à dix ans, si la concussion a été commise à l'aide de violences ou menaces.

Sera punie des mêmes peines, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, qui aura accordé sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics, en violation des textes légaux ou réglementaires.

La tentative des délits prévus aux alinéas 1er et 3ième du présent article est punie des mêmes peines.

Art. 244.— Les infractions prévues par le présent chapitre seront punies, en outre, d'une amende de 20.000 francs à 5.000.000 francs.

Ces peines seront appliquées aux préposés ou commis des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, d'après les distinctions établies ci-dessus.

De la prise illégale d'intérêts

Art. 245.— Toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulés, aura pris, reçu ou conservé quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance ou qui, ayant mission d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque, sera punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, et d'une amende de 20.000 francs à 5.000.000 francs, et pourra, en outre, être condamnée à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, des emplois ou offices publics.

La disposition qui précède ne sera pas applicable à celui qui ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser par sa position ses intérêts privés et qui aura agi ouvertement.

De la corruption et du trafic d'influence

Art. 246.— Sera puni de la réclusion de cinq à dix ans et d'une amende de 20.000.– francs à 7.500.000.– francs, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de

service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, pour soi-même ou pour autrui, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques:

- 1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat;
- 2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Art. 247.— Sera puni de la réclusion de cinq à dix ans et d'une amende de 20.000 francs à 7.500.000 francs, le fait de proposer, sans droit, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour un tiers, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'elle:

- 1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat;
- 2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés, ou toute autre décision favorable.

Art. 248.— Sera punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 20.000 francs à 5.000.000 francs, toute personne qui sollicite ou agréé, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour un tiers, pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Sera punie des mêmes peines toute personne qui cède aux sollicitations prévues à l'alinéa précédent, ou qui propose à une personne, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour un tiers, pour qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Art. 249.— Sera punie d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 20.000 francs à 7.500.000 francs, toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, qui sollicite ou agréé, sans droit, directement ou indirectement pour soi-même ou pour autrui des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques en raison de l'accomplissement ou de l'abstention d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, de quiconque ayant bénéficié de cet acte ou de l'abstention d'accomplir cet acte.

Sera puni des mêmes peines, quiconque qui, dans les conditions de l'alinéa 1 cède aux sollicitations d'une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou lui propose des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour soi-même ou pour autrui.

De la corruption de magistrats

Art. 250.— Sera puni de la réclusion de dix à quinze ans et d'une amende de 100.000 francs à 10.000.000 francs, tout magistrat ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, tout arbitre ou expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties, qui aura sollicité ou agréé, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour un tiers, pour l'accomplissement ou l'abstention d'accomplir un acte de sa fonction.

Quiconque cède aux sollicitations d'une personne visée à l'alinéa précédent, ou qui lui propose des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour un tiers, afin d'obtenir d'elle l'accomplissement ou l'abstention d'accomplir un acte de sa fonction est puni des mêmes peines.

Des actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique

Art. 251.— Sera punie de la réclusion de cinq à dix ans et d'une amende de 20.000 francs à 7.500.000 francs, toute personne qui utilise des menaces ou des violences ou qui commet tout autre acte

d'intimidation pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Art. 252.- 1. Les dispositions des articles 247 à 251 du présent Code s'appliquent aussi aux infractions impliquant

- des personnes dépositaires de l'autorité publique, investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat membre de l'Union européenne.
- des fonctionnaires communautaires et des membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de Justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes, dans le plein respect des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, des statuts de la Cour de Justice, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités.

2. L'expression „fonctionnaire communautaire” employée au paragraphe précédent désigne:

- toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du Statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes.
- toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les Etats membres ou par tout organisme public ou privé, qui exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes.

Les membres des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et le personnel de ces organismes sont assimilés aux fonctionnaires communautaires lorsque le Statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou le régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ne leur sont pas applicables.

Article III

Est inséré au Code pénal l'article 310 libellé comme suit:

Art. 310.- Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 20.000 à 1.000.000 francs, tout salarié qui aura sollicité ou accepté, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour un tiers, pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction.

Sera punie des mêmes peines toute personne qui aura cédé aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou qui en aura pris l'initiative.

La personne pourra, en outre, être condamnée à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics.

Article IV

Il est inséré au code d'instruction criminelle un article 640-1 qui dispose:

Art. 640-1.- Si un fait qualifié crime est, par application de circonstances atténuantes, reconnu de nature à être puni de peines correctionnelles, la prescription de l'action publique est celle applicable à un crime.

Si un fait qualifié délit est, par application de circonstances atténuantes, reconnu de nature à être puni de peines de police, alors la prescription de l'action publique est celle applicable à un délit.

Article V

Les intitulés des chapitres suivants du titre IV du Livre II du Code pénal sont modifiés comme suit:

1) Chapitre III:

Du détournement, de la destruction d'actes ou de titres, de la concussion, de la prise illégale d'intérêts, de la corruption, du trafic d'influence, et des actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique.

- 2) L'intitulé du chapitre IV est abrogé.
- 3) Le chapitre V actuel devient le chapitre IV.
- 4) Le chapitre VI actuel devient le chapitre V.
- 5) Le chapitre VII actuel devient le chapitre VI.
- 6) Le chapitre VIII actuel devient le chapitre VII.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le phénomène de la corruption constitue un mal endémique avec lequel sont confrontés de façon accrue au cours de ces dernières années nombre de pays d'Europe (et d'ailleurs).

Le début de cette décennie a été placé dans plusieurs d'entre eux sous le spectre des „affaires“. Comme le relève le Programme d'action contre la corruption du Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) du Conseil de l'Europe *„bien que (la corruption) ait toujours existé dans l'histoire de l'humanité... elle a littéralement envahi les colonnes des journaux et des ouvrages juridiques dans une foule d'Etats aux quatre coins du globe, quel que soit leur régime économique ou politique. L'opération „Mani Pulite“, menée en Italie est désormais célèbre dans le monde entier, le contrat „Agusta“ fait l'objet d'une enquête en Belgique, des députés britanniques ont été soupçonnés d'avoir accepté de l'argent pour poser des questions au Parlement, des accusations de corruption ont ébranlé l'Espagne, les pays d'Europe centrale et orientale estiment que la corruption constitue la menace la plus grave pour les réformes démocratiques etc.“* (p. 18).

De nombreuses organisations internationales se sont penchées sur la question.

– Dans la Résolution No 3514 du 15 décembre 1975 l'Assemblée Générale des Nations Unies a traité des pratiques de corruption dans les transactions commerciales internationales.

– L'OCDE a adopté le 27 mai 1994 une Recommandation sur le même sujet. D'autres travaux sont en cours.

– L'Union européenne a adopté en date du 26 juillet 1995, sur base de l'article K.3 du Traité de l'Union Européenne, la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Un premier Protocole additionnel à cette Convention a été signé en date du 27 septembre 1996 par les représentants des Etats membres de l'Union européenne (Acte du Conseil No 96/C 313/01, J.O.C.E. du 23 octobre 1996, No C 313/1). Un deuxième Protocole additionnel fait actuellement l'objet de négociations. S'ajoute à cette liste l'acte du Conseil établissant la convention établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point C, du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne adopté en date du 27 mai 1997 par le Conseil JAI.

– Les Ministres de la Justice des pays du Conseil de l'Europe réunis à Malte en juin 1994 ont décidé de créer un groupe d'experts, le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (G.M.C.), mandaté en vue d'étudier le problème et d'envisager la rédaction de lois modèles ou codes de conduite, d'une ou de plusieurs conventions internationales ainsi que l'élaboration de mécanismes de suivie de la mise en oeuvre des engagements contenus dans ces instruments. Les travaux de ce groupe se poursuivent à l'heure actuelle et ont notamment donné lieu à la rédaction d'un „Programme d'action contre la corruption“, plusieurs conventions internationales étant par ailleurs en cours d'élaboration.

Quelle est l'ampleur du phénomène au Luxembourg?

Le nombre de condamnations pénales du chef de faits de corruption, de concussion ou d'immixtion de fonctionnaires est relativement faible. Ce constat ne paraît guère trancher avec celui fait en France et en Belgique, où le nombre de condamnations semble lui-aussi être relativement réduit (JCL Pénal, Art. 432-11, par André VITU, 11, 1993, No 1; NOVELLES, Droit pénal, Tome III, Bruxelles, Larcier, 1972, No 4228 (cet ouvrage n'étant toutefois pas très récent)).

Des auteurs belges ont pu, en 1972, en conclure que malgré ces chiffres *„l'opinion publique est persuadée de la fréquence de ce genre d'infraction et sa réaction est complexe. Lorsqu'un „scandale“*

éclate, elle manifeste une indignation profonde qui confirme son opinion sur l'importance et sur la pseudo-ampleur du phénomène criminel. Lorsqu'aucun scandale ne défraye la chronique, elle considère que les faits lui sont cachés" (NOVELLES op. cit., loc.cit.). Les „affaires“ de corruption retentissantes éclatées récemment dans ce pays attestent toutefois que les impressions subjectives de l'opinion publique ne sont peut-être pas dénuées de tout fondement.

Il est en tout cas difficile d'évaluer l'importance du phénomène par le seul nombre des condamnations pénales intervenues. La corruption constituant une infraction qui n'a pas de victime directe subissant un préjudice immédiatement perceptible qui dénoncerait les faits aux autorités et impliquant nécessairement deux personnes (le corrupteur et le corrompu) qui sont toutes les deux passibles de sanctions pénales, la loi du silence est de rigueur. Il y a donc fortement à craindre, sans qu'il soit toutefois possible de vérifier objectivement le fondement de ces craintes, que les infractions dénoncées ne constituent que la partie émergée de l'iceberg. Un indice pourrait en être le nombre assez important de cas de corruption récemment découverts dans des pays directement limitrophes du Luxembourg.

Il a pu être constaté que dans des pays qui ne se considéraient pas concernés par le phénomène une prise de conscience commence à avoir lieu. Dans beaucoup d'entre eux „une présomption générale de non-corruption tendait à occulter le problème par sa dénégarion: la corruption serait inexistante ou marginale. Par exemple en France avant les scandales à répétition, en Grande-Bretagne encore aujourd'hui, le leitmotiv était ou est que la corruption ne concerne que quelques brebis galeuses. La corruption serait donc le lot des sociétés méridionales ou sous-développées tandis que les démocraties à solide tradition bureaucratique ne connaîtraient que les quelques scandales auxquels aucune société ne saurait complètement échapper“ („Démocratie et corruption en Europe“, Editions la Découverte, Paris, 1995, sous la direction de Donatella DELLA PORTA et Yves MENY, p. 10). Les nombreux scandales éclatés depuis lors ont rudement démenti ces fausses certitudes, qui sont de nos jours de plus en plus mises en cause.

La corruption constitue une menace sérieuse et grave pour la démocratie, alors qu'elle en sape les bases mêmes et risque de la discréditer. „Le fait que la corruption est un sujet largement évoqué dans certains pays et passé totalement sous silence dans d'autres ne signifie aucunement qu'elle n'existe pas dans ces derniers; elle peut effectivement y être inexistante (ce qui paraît plutôt relever du voeu pieux ou y être à ce point efficace et organisée qu'elle n'éveille aucun soupçon. Aucun système de gouvernement ou d'administration n'est à l'abri de la corruption exercée par ceux que l'abus de pouvoir attire.“ (Programme d'action contre la corruption, op. cit., p. 18)

Il paraît dès lors indiqué d'être particulièrement prudent et vigilant en la matière, sans toutefois ni verser dans le catastrophisme, ni se complaire dans une béate insouciance.

Le Luxembourg subit indirectement le contrecoup des nombreuses „affaires“ éclatées à l'étranger. Les autorités judiciaires luxembourgeoises sont en effet confrontées avec un nombre appréciable de demandes d'entraide judiciaire internationale en la matière. Comme celles-ci ont le plus souvent pour objet de procéder à des perquisitions/saisies (auprès d'établissements de crédit de la place), leur recevabilité dépend, dans le droit actuellement applicable, du respect du principe dit de la „double incrimination“ (Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, article 5 sur la base de laquelle le Gouvernement luxembourgeois a fait une déclaration qui renvoie à l'article 2.1° de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957; Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962, article 24.2°, qui renvoie à l'article 2.1°). Il faut donc que les faits faisant l'objet de la poursuite dans le pays requérant puissent épouser une qualification pénale dans le pays requis, en l'occurrence le Luxembourg.

Or, le dispositif législatif réprimant la corruption au sens large est relativement pauvre dans notre droit. Il présente d'importantes lacunes et n'est pas à la hauteur des législations étrangères les plus évoluées. Les textes applicables n'ont pas été adaptés, ni modifiés depuis la promulgation du Code pénal. Ils sont donc identiques au Code pénal belge originaire, qui d'ailleurs n'a guère non plus été modifié depuis lors.

Ces lacunes manifestes présentent le double désavantage de ne pas permettre une lutte efficace contre le phénomène dans notre propre pays et de risquer d'obliger nos autorités judiciaires à devoir refuser l'entraide judiciaire internationale face à des comportements répréhensibles, mais non sanctionnés par notre droit.

Elles concernent les infractions de corruption au sens strict (1), ainsi que l'ignorance par notre droit d'importantes infractions complémentaires par rapport à celles-ci (2).

1. Lacunes des infractions de corruption au sens strict

La corruption au sens strict, régie par les articles 246 à 252 du Code pénal, qui concerne celle de „*tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public*“, paraît présenter au moins quatre lacunes:

- Les textes actuellement en vigueur ne sanctionnent pas le **fonctionnaire qui sollicite des offres** en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction **et dont la sollicitation n'est pas acceptée** par son destinataire.
- Ils ne sanctionnent pas les dons proposés par le bénéficiaire d'une action ou d'une abstention d'un fonctionnaire (ou sollicités par celui-ci), **postérieurement** à cette action ou abstention. Les textes en vigueur exigent l'**antériorité** du pacte.
- Ils ne signalent pas avec une clarté suffisante qu'ils s'appliquent aussi aux **personnes investies d'un mandat électif public**.
- Ils ne s'appliquent qu'aux seuls fonctionnaires nationaux, à l'exclusion des **fonctionnaires étrangers** et de ceux **d'organisations internationales** (NOVELLES, op. cit., No 4384). Les aspects internationaux de la corruption appellent une réglementation spécifique qui nécessite, pour être efficace, une concertation internationale.

Les dispositions les plus évoluées en la matière ont depuis fort longtemps déjà étendu ce noyau d'infractions en créant des incriminations complémentaires, qui sont inconnues de notre droit pénal.

2. Ignorance par notre droit d'importantes infractions complémentaires par rapport à celles de corruption au sens strict

Les législations étrangères ont été très inventives dans ce domaine. Deux infractions méritent d'être plus particulièrement signalées.

- Notre droit ignore le **trafic d'influence**. Cette infraction, qui a été réprimée en France dès 1889, sanctionne le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique de solliciter ou d'accepter des dons en vue d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. La même sanction s'applique au particulier qui propose un tel „pacte“ à la personne préqualifiée ou cède aux sollicitations de celle-ci. Est aussi sanctionné, bien que de peines moindres, le fait pour un particulier de conclure avec un autre particulier un tel „pacte“ en vue d'abuser de son influence à ces mêmes fins et le fait pour le deuxième de céder aux sollicitations du premier ou de lui proposer le „pacte“.
- Le droit pénal luxembourgeois ignore de même la **corruption de salariés**. Cette infraction, qui a été introduite en France dès 1919, sanctionne le fait pour un salarié de solliciter ou d'agréer, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des dons en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction.

Elle est fondée sur la violation du devoir de fidélité dont le salarié est tenu envers son employeur.

D'autres incriminations, de nature plus secondaire, ont été créées, dont plusieurs sont proposées par le présent Projet de loi (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 3.3).

Compte tenu des lacunes manifestes affectant les infractions de corruption au sens strict d'une part et de la création dans les droits pénaux étrangers de dispositions pénales complémentaires dans ce domaine sensible d'autre part, une actualisation de notre dispositif répressif paraît manifestement opportune dans la double optique, rappelons-le, d'améliorer notre législation interne dans cette matière particulièrement sensible, ainsi que de favoriser dans ce domaine l'entraide judiciaire internationale, afin d'éviter que la place financière ne puisse devenir le refuge de ceux qui souhaitent cacher des fonds provenant d'infractions liées à la corruption au sens large.

Le Projet de loi se propose à la fois d'améliorer la législation existante, ainsi que de la compléter en proposant des incriminations nouvelles.

Il s'inspire dans une très large mesure du Nouveau Code pénal français, qui, reprenant et adaptant les dispositions contenues dans l'ancien Code pénal français, comporte une législation particulièrement développée en la matière. Cette façon de procéder présente l'avantage de permettre aux juridictions et aux praticiens luxembourgeois de pouvoir s'inspirer de la doctrine et jurisprudence françaises, qui pourront servir de guide devant les inévitables hésitations qu'inspire tout nouveau texte légal.

Sur certains points, plutôt de détail, il a toutefois été jugé préférable, pour des raisons diverses détaillées dans le commentaire des articles, de conserver l'acquis de la législation (belge) actuelle (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 4.1).

Sur d'autres points, faute de texte de référence, mais devant l'utilité, voire la nécessité de légiférer, des textes entièrement nouveaux ont été proposés (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 4.2).

Dans le souci d'assurer la clarté des propos dans une matière qui présente une complexité certaine, les nouveautés les plus importantes proposées sont présentées brièvement d'une façon analytique, avant que ne soit procédé au commentaire classique des articles.

*

PRESENTATION GENERALE DES INNOVATIONS PROPOSEES

Le Projet de loi tend, par une terminologie nouvelle et, à certains égards plus claire, à préciser la portée des textes quant aux personnes (1). Il élargit la portée de l'objet des infractions de corruption de personnes publiques au sens strict (2). Il propose des infractions et des règles procédurales nouvelles (3). Il convient en dernier lieu de passer en revue les différentes sources dont émanent les textes proposés (4).

*

1. PERSONNES VISEES PAR LES TEXTES: PORTEE DES TERMES

**„personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public
ou investie d'un mandat électif public“**

Le Projet de loi ne concerne pas que des infractions impliquant des personnes exerçant une fonction publique. Il en est ainsi du texte sanctionnant la **corruption de salariés** (Article 310 nouveau du Code pénal).

Les autres textes ont tous pour objet des faits pénaux qui concernent, fût-ce à titre d'auteur, de victime ou de destinataire de comportements délictueux, des personnes exerçant une fonction publique.

Le Projet de loi emploie à ce sujet à de multiples reprises, en vue de définir les destinataires de la plupart de ces infractions, les termes **„personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public“**.

Ils sont repris du Nouveau Code pénal français.

Ils s'appliquent aux infractions:

- de **prise illégale d'intérêts** (Article 245 nouveau du Code pénal);
- de **corruption passive** et de **trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique** (Articles 246 et 249 nouveaux du Code pénal);
- de **corruption active** et de **trafic d'influence commis par des particuliers** (Articles 247, 248 et 249 nouveaux du Code pénal);
- de **commission d'actes d'intimidation exercés contre les personnes exerçant une fonction publique** (Article 251 nouveau du Code pénal).

Les articles 240 à 243 du Code pénal, tels qu'ils sont proposés par le Projet de loi, emploient les termes de **„personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public“**. Ils n'évoquent donc pas les personnes **„investies d'un mandat électif public“**, suivant en cela les textes afférents du Nouveau Code pénal français.

L'article 250 régit, par exception, une hypothèse de corruption active et passive de personnes publiques, qui sont qualifiées par d'autres termes: il concerne la corruption de magistrats, arbitres et experts.

Les termes prémentionnés, qui ont donc un domaine d'application très vaste dans le présent Projet de loi, appellent des explications au sujet de leur portée.

Celle-ci se comprend mieux après avoir analysé celle des termes employés par les textes actuellement en vigueur.

1.1. Portée des termes employés par les textes actuellement en vigueur

Les textes actuellement en vigueur emploient les termes „*tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public*“ (Articles 240, 241, 243, 245, 246, 251 du Code pénal).

La mise en oeuvre de ces textes ne posait pas de difficultés particulières pour les personnes ne remplissant pas des fonctions à caractère politique. Il était admis que „*rentrent dans les prévisions de ces dispositions tous ceux qui remplissent une fonction, un emploi ou un office public, aussi humble soit-il, le législateur ayant voulu mettre à l'abri des sollicitations de la corruption ceux qui ont la mission de participer à l'administration de la chose publique*“ (RIGAUX et TROUSSE, Les Crimes et Délits du Code Pénal, tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 288).

En ce qui concerne celles exerçant de telles fonctions il n'était pas sérieusement douteux que les anciennes dispositions s'appliquent aux ministres, bourgmestres et échevins (NOVELLES, Droit Pénal, tome III, Les infractions, Bruxelles, Larcier, 1972, No 4028, 4031-4033, 4242, 4247).

En revanche, la question de savoir si elles s'appliquent aussi aux membres des assemblées délibérantes publiques, désignées par mandat électif, tels les députés et conseillers communaux, était plus controversée en doctrine (NOVELLES, op. cit., No 4258; JCL Pénal, Art. 432-11, (11, 1993) par André VITU, No 58). Elle ne soulevait toutefois pas de difficulté notable en jurisprudence, qu'il s'agisse d'un député (Cass. crim. fr., 24 févr. 1893, D.P. 1893, 1, p. 494) ou d'un conseiller municipal (Cass. crim. fr., 29 mai 1886, D. 1887, 1, p. 238) (voir mêmes références). L'exposé des motifs de l'article 245 du Code pénal belge visait d'ailleurs expressément les conseillers municipaux (NOVELLES op. cit., No 4033).

1.2. Portée des termes proposés par le Projet de loi

La notion de personne „*dépositaire de l'autorité publique*“ vise, d'après la doctrine française, „*la personne qui est titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique*“ (JCL Pénal, loc. cit., No 55).

Cette notion absolument générale inclut les représentants de l'Etat et des communes (ministres, bourgmestres et échevins), les fonctionnaires (outre les magistrats, spécialement visés par l'article 249 nouveau), les officiers publics (notaires, huissiers) et toutes autres personnes exerçant des fonctions d'autorité (tels, par exemple, les présidents et assesseurs de bureaux de vote) (cf. op. cit., loc. cit., No 57-69).

Celle de personne „*investie d'un mandat électif public*“ constitue un sous-ensemble de la première notion (les personnes investies d'un mandat électif public étant dépositaires de l'autorité publique) (op. cit., loc. cit., No 55). Son emploi, qui n'était donc pas logiquement indispensable, manifeste le souhait des auteurs du Projet de loi d'inclure sans discussion possible cette catégorie de personnes dans les prévisions des textes qu'elle concerne et de rendre la loi parfaitement claire et compréhensible sur ce point.

Les personnes ainsi visées sont les députés et conseillers municipaux. Les termes seraient aussi susceptibles de s'appliquer aux présidents et membres élus des chambres professionnelles (cf. Loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base élective) (op. cit., loc. cit., No 59).

La personne „*chargée d'une mission de service public*“ évoque celle qui „*sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes ou d'exercer une fonction dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général*“ (op. cit., loc. cit., No 55).

Sont notamment visés

- les curateurs de faillite et les liquidateurs judiciaires de sociétés commerciales,
- les membres de „commissions instituées officiellement et chargées de donner des avis à l'autorité publique ou de statuer elles-mêmes sur des demandes, des dossiers, des projets, qui nécessitent des autorisations officielles“ (op. cit., loc. cit., No 71), tels les membres de la commission consultative en matière de police des étrangers (Règlement grand-ducal du 28 mars 1972, Mém. A 1972, p. 830), du Comité Interministériel de l'Aménagement du Territoire (Règlement grand-ducal du 14 avril 1992, Mém. A 1992, p. 830), ou de la Commission des Soumissions (Loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures) etc.;

- les agents d'administrations „qui ne sont pas des administrations publiques, au sens où l'entend le droit administratif, mais des organismes jouissant d'une autonomie de gestion plus ou moins accusée, prenant corps dans des personnes juridiques différentes de l'Etat ...ou des communes" (op. cit., loc. cit., No 72): font, à titre d'exemple, partie de cette catégorie fort diversifiée: p.ex.: le Centre Hospitalier de Luxembourg (créé par la loi modifiée du 10 décembre 1975), l'office du ducroire (institué par la loi modifiée du 25 novembre 1961), l'office national du remembrement (institué par la loi modifiée du 25 mai 1964), l'institut viti-vinicole (institué par la loi du 29 août 1976) etc.

Les termes employés, tout en ne modifiant pas profondément la portée par rapport aux textes actuellement en vigueur, présentent toutefois l'avantage d'apporter des clarifications sur le point notamment de l'inclusion expresse et sans discussion possible des personnes investies d'un mandat électif public.

*

2. EXTENSION DE LA PORTEE DES INCRIMINATIONS DE CORRUPTION DE PERSONNES EXERCANT DES FONCTIONS PUBLIQUES

La corruption de personnes publiques devrait, selon les vœux des auteurs du Projet, connaître, sur le modèle du droit pénal français, une extension de son domaine à cinq points de vues:

- Incrimination à titre d'infraction pleinement consommée de toute démarche effectuée par l'une ou l'autre partie en vue de la conclusion du „pacte" de corruption (2.1.);
- Extension du champ d'application des offres susceptibles de rémunérer le comportement du corrompu (2.2.);
- Indifférence du mode de présentation des offres rémunérant le comportement du corrompu (2.3.);
- Indifférence destinataire des offres rémunérant le comportement du corrompu (2.4.);
- Extension de l'objet des comportements corrompus envisagés (2.5.).

A cette liste s'ajoute une autre innovation qui poursuit le but de sanctionner la rémunération illicite proposée postérieurement à l'acte ou l'abstention coupable (voir sub 3.2).

2.1. Incrimination à titre d'infraction pleinement consommée de toute démarche effectuée par l'une ou l'autre partie en vue de la conclusion du „pacte" de corruption

La corruption au sens large est définie par la doctrine comme étant „d'un côté une offre et de l'autre, une acceptation d'un avantage quelconque pour faire un acte de la fonction, de l'emploi ou de la charge ou pour s'en abstenir" (NOVELLES, op. cit., No 4188).

Cette infraction suppose donc nécessairement l'intervention de deux personnes: le corrompu et le corrupteur (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p.279).

Il est dès lors théoriquement concevable d'analyser la corruption comme étant un fait pénal unique, le corrupteur étant le coauteur ou complice du corrompu (NOVELLES, op. cit., No 4191).

Cette conception, qui présente de sérieux désavantages (cf. JCL Pénal op. cit., loc. cit., No 23-28), n'a été retenue ni par les Codes pénaux belge et luxembourgeois, ni par l'ancien et le Nouveau Code pénal français.

Une deuxième conception, qui a été retenue par les différents Codes prémentionnés, décompose la corruption en deux faits pénaux distincts: la corruption passive (concernant le corrompu) et la corruption active (concernant le corrupteur). „Il en découle une indépendance entre ces deux ordres de faits pénaux qui doit permettre une répression plus nuancée et plus différenciée tant du point de vue de l'incrimination que du point de vue de la peine et des principes généraux et, dès lors plus efficace." (NOVELLES, op. cit., No 4194)

Les textes proposés, reprenant ceux du Nouveau Code pénal français, se réclament de cette même analyse, qu'ils développent toutefois d'une façon plus conséquente que ne le font les textes actuellement en vigueur.

Dans un souci de clarté il convient de présenter d'abord les grandes lignes de ces derniers (2.1.1.), en vue d'être en mesure ensuite de mieux faire ressortir celles des premiers (2.1.2.).

2.1.1. Le droit actuellement en vigueur

Le Code pénal belge et luxembourgeois actuellement en vigueur, tout en incriminant séparément les infractions de corruption active et passive, les rattache dans une certaine mesure en exigeant comme condition de la commission de l'une et de l'autre la conclusion d'un „pacte“ de corruption.

„Dans un cas comme dans l'autre, l'infraction est consommée dès le moment où le trafic illicite a été conclu entre le corrupteur et le corrompu, c'est-à-dire dès que les dons ont été acceptés ou les promesses agréées.“ (NOVELLES, op. cit., No 4206)

La corruption tant active que passive suppose donc „une convention illicite, arrêtée et certaine“ (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 279), „un pacte librement consenti“ (Répertoire Pratique du Droit Belge, Bruxelles, Bruylant, 1950, tome VI, V° Forfaiture, No 2 et 3). „Le législateur a voulu atteindre un contrat illicite à propos de l'exercice de la fonction publique: la subordination d'un acte de la fonction à un avantage offert ou promis par un particulier et accepté ou reçu par le fonctionnaire. Le pacte frauduleux est essentiel à la forfaiture.“ (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 290)

A partir du moment où ce „pacte“ a été conclu, les deux parties ont commis respectivement l'infraction de corruption active et celle de corruption passive. En revanche, tant que le „pacte“ n'a pas été conclu, ni l'une ni l'autre des deux infractions n'ont été consommées.

Les démarches infructueuses effectuées, soit par le corrupteur potentiel auprès du corrompu potentiel, soit par le second auprès du premier, en vue de conclure un tel „pacte“ ne sont susceptibles d'être incriminées, le cas échéant, que par la notion de tentative.

Le droit actuel est toutefois à ce sujet imparfait. Il convient de distinguer la corruption active de la corruption passive.

– Corruption active

L'article 252 alinéa 2 du code pénal sanctionne la tentative de corruption active. Les conditions en sont définies par l'article 51 de ce code.

Par hypothèse, un particulier présente à un fonctionnaire, ou officier public ou à toute personne chargée d'un service public des offres, promesses, dons ou présents en vue de l'amener à commettre une action ou une omission coupable au sens de la loi.

Si ces démarches échouent parce que l'agent public les repousse en connaissance de cause, ou bien parce que ce dernier n'en a pas eu connaissance, alors la tentative de corruption active est établie.

En revanche, si le particulier retire volontairement sa proposition avant qu'elle n'ait été acceptée ou refusée par l'agent public il s'est désisté volontairement de l'infraction et n'a pas commis de tentative (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 312).

– Corruption passive

La tentative de corruption passive n'est pas prévue, sous réserve de celle commise par des juges ou arbitres (les articles 246 à 247 du Code pénal, qui traitent de la corruption passive en général, ne la prévoient pas expressément, tout en fixant des peines délictuelles, de sorte que l'article 53 du Code pénal s'applique; l'article 250, qui traite de la corruption de juges ou arbitres, fixe des peines criminelles, de sorte que la tentative est à appliquer aux termes de l'article 52 du Code pénal).

Elle est toutefois parfaitement concevable.

Une distinction s'impose, suivant que l'initiative émane de l'agent public ou du particulier.

Si c'est un particulier qui approche l'agent public alors ce dernier

- ou bien accepte l'offre qui lui est faite: les infractions de corruption passive et de corruption active sont pleinement consommées,
- ou bien repousse l'offre: il y a absence d'infraction de corruption passive (et tentative de corruption active).

Il est toutefois parfaitement concevable que ce soit l'agent public qui prenne l'initiative et contacte le particulier pour proposer un „pacte“ illicite.

Si le particulier accepte cette proposition, alors l'infraction de corruption passive est consommée dans le chef de l'agent public (et celle de corruption active dans le chef du particulier). „Encore que l'application littérale du texte des articles ... semble exiger que l'acte du corrupteur ait précédé celui du

fonctionnaire, on admet que l'initiative peut émaner du fonctionnaire." (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 290; cf. Cass belge, 17 octobre 1949, Pas.belge, 1950,1, 79)

Si, en revanche, le particulier repousse cette proposition, alors il y a certes théoriquement tentative dans le chef de l'agent public. Mais cette tentative n'est pas sanctionnée (RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 297; NOVELLES, op. cit., No 4401).

Le projet de loi se propose de combler ces lacunes et incertitudes.

2.1.2. Les textes proposés

Les textes proposés, suivant dans les grandes lignes ceux du Nouveau Code pénal français, font certes toujours référence à un „pacte“ de corruption. Ils incriminent toutefois par ailleurs au titre de l'infraction pleinement consommée des hypothèses qui, jusqu'alors, n'étaient pas ou bien n'étaient pas prévues d'une façon explicite, tout en étant sanctionnées, ou bien n'étaient incriminées qu'au titre de la tentative, ou bien restaient impunies.

Les textes proposés, incriminant la corruption passive (Articles 246, 249 et 250) prévoient toujours l'hypothèse dans laquelle le corrompu **aura agréé des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques** pour faire un acte ou une omission coupable au sens de la loi.

Dans ce contexte une remarque d'ordre terminologique paraît devoir s'imposer:

Les textes actuellement en vigueur emploient les termes d'avoir „**agréé des offres ou promesses**“ et d'avoir „**reçu des dons ou présents**“ (Articles 246, 247 et 248 du Code pénal). Ceux proposés, reprenant ceux du Nouveau Code pénal français, évoquent le fait d'avoir „**agréé des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques**“.

– Le terme „**agrément**“ „*désigne tout à la fois l'acceptation, par le corrompu, des offres qui lui sont faites, et aussi la réception des dons ou présents promis, en exécution de l'accord de volontés qui s'est formé entre le corrupteur et le corrompu, et dans lequel transparaît l'aspect bilatéral de la corruption ou du trafic d'influence*“ (JCL Pénal, op. cit., No 82). Il désigne donc ce qui, dans les textes actuellement en vigueur, est recouvert par les termes „avoir agréé“, et „avoir reçu“. La terminologie du Nouveau Code pénal français paraît sur ce point être plus simple et plus claire.

L'acceptation par une personne publique d'une offre émanant d'un corrupteur consomme, comme par le passé l'infraction de corruption passive et active.

Par rapport à ce point de départ plusieurs extensions ont été opérées.

a) *Incrimination expresse du fait de céder aux sollicitations d'une personne exerçant une fonction publique*

Les textes incriminant la corruption active (Articles 247, 249 et 250) prévoient l'hypothèse préexposée, qui était prévue par la doctrine et la jurisprudence, sans pour autant être formellement reflétée dans le texte, dans laquelle **un particulier cède à une personne dépositaire de l'autorité publique qui sollicite des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques** en vue d'effectuer un acte ou une omission au sens de la loi.

b) *Incrimination du fait pour une personne exerçant une fonction publique de procéder à une sollicitation de dons, qui est repoussée*

Le cas dans lequel l'initiative de la corruption émane de l'agent public, mais est repoussée par le particulier (cas qui n'était jusqu'à présent pas pénalement sanctionné, fût-ce au titre de la tentative) serait, d'après le Projet de loi, non seulement incriminé, mais l'infraction serait même complètement consommée.

Les articles afférents (246 et 249) incriminent au titre de la corruption passive le fait pour l'agent public de **solliciter** des offres, promesses, dons, présents ou avantages auprès d'un particulier en vue d'effectuer un acte ou une omission coupable au sens de la loi.

„La **sollicitation** implique une démarche, une **initiative de l'intéressé**, qui invite son interlocuteur, d'une façon directe ou par des moyens détournés, à comprendre qu'il doit „payer“ pour obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement de l'acte de la fonction ou de l'acte facilité par elle.“ (JCL Pénal op. cit. No 81)

c) Incrimination à titre d'infraction pleinement consommée du fait de proposer à une personne exerçant une fonction publique des dons, proposition qui est rejetée

Dans le droit actuellement en vigueur le particulier, qui fait à un agent public des offres en vue de la conclusion d'un „pacte“ de corruption et qui voit cette offre refusée, n'est sanctionné qu'au titre de la tentative (Article 252 alinéa 2 Code pénal).

Le texte proposé incrimine au titre de la corruption active pleinement consommée le fait de **proposer** à un agent public des offres en vue de la conclusion d'un tel „pacte“.

2.2. Extension du champ d'application des offres susceptibles de rémunérer le comportement du corrompu

Le droit actuel vise à titre de contrepartie du „pacte“ de corruption des „offres“, „promesses“, „dons“ et „présents“. Les textes proposés ajoutent à cette liste les „**avantages quelconques**“.

Ces derniers termes manifestent le souhait d'inclure parmi les choses offertes, dans le sens le plus large possible, outre l'argent et les objets matériels, tout autre avantage quelconque qu'il soit matériel, intellectuel ou social, pour le coupable ou pour toute autre personne (cette dernière hypothèse étant par ailleurs couverte par les termes „pour lui-même ou pour un tiers“ exposés ci-dessous sub 2.4). Y font incontestablement partie les démarches en tout genre, recommandations, interventions favorables, votes, relations sexuelles ... (JCL Pénal, op. cit., No 89-90). La terminologie compréhensive du Nouveau Code pénal français évite toute discussion inutile sur les moyens générateurs de corruption.

2.3. Indifférence du mode de présentation des offres rémunérant le comportement du corrompu

Le droit actuel ne prévoit pas expressément que les dons peuvent être présentés d'une façon indirecte entre les parties du „pacte“ de corruption. La doctrine et la jurisprudence sont toutefois formelles que „l'offre et la promesse, comme le don ou le présent peuvent se réaliser directement ou par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes. Il en est de même de l'agrégation ou de la réception par la personne publique“ (NOVELLES, op. cit., No 4312 et les jurisprudences et références y citées).

Les textes proposés n'innovent donc pas en employant expressément les termes „**directement ou indirectement**“. Cette ajoute législative a toutefois l'avantage de rendre cet élément de l'infraction, jusqu'à présent implicite et jurisprudentiel, à la fois explicite et de confirmer son existence d'une façon indiscutable.

2.4. Indifférence du destinataire des offres rémunérant le comportement du corrompu

Il a paru opportun d'apporter, tant par rapport aux textes français de référence, que par rapport au droit actuellement en vigueur, une précision complémentaire: l'infraction de corruption est établie que le corrupteur propose au corrompu des avantages **pour ce dernier ou pour un tiers**, respectivement que le corrompu sollicite ou agréé des avantages **pour lui-même ou pour un tiers**.

En d'autres termes, dans cette optique l'infraction est établie même si le destinataire des avantages sollicités, agréés ou proposés est une personne autre que le corrompu.

L'idée sous-jacente est d'inclure l'hypothèse dans laquelle l'avantage ne profite pas directement au corrompu lui-même, mais à un tiers, tel un parti politique, le corrompu n'ayant pas en vue un enrichissement personnel.

Cette hypothèse constitue celle à la base d'un certain nombre de cas retentissants jugés à l'étranger. La terminologie proposée est celle employée par les travaux les plus récents en la matière dans le cadre de l'Union Européenne (voir à ce sujet le texte du premier Protocole additionnel à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes) et du Conseil de l'Europe.

Cette nuance complémentaire, même si elle ne paraît, sauf erreur, pas avoir été discutée par les auteurs français et belge et les jurisprudences respectives, semble toutefois être parfaitement compatible avec les textes actuellement en vigueur, de sorte qu'elle ne constitue pas une véritable nouveauté. L'avantage indirect ainsi décrit n'est-il pas, en effet, de nature à déterminer un agent à effectuer un des actes prohibés? Ne constitue-t-il pas une „offre, promesse, don, présent ou autre avantage quelconque“

visés par les textes français de référence ou une „offre, promesse, don ou présent“ visés par le droit actuellement en vigueur?

Ce dernier ne pose en tout cas pas comme condition que l'avantage sollicité, agréé ou proposé doive profiter directement et personnellement au corrompu.

Ceci étant, même si l'hypothèse discutée semble dès à présent conciliable avec les textes existants, il paraît toutefois opportun, afin d'éviter à l'avenir toute discussion sur la portée des textes, ainsi que dans un souci de clarté et de sécurité juridique, d'adopter la terminologie ainsi proposée.

2.5. Extension de l'objet des comportements corrompus envisagés

Les textes français de référence prévoient, à titre de but des manoeuvres de corruption, outre les **actes de la fonction**, ceux **facilités par la fonction**.

Le terme „**acte de la fonction, de l'emploi, de la mission, du mandat**“ s'entend de „l'acte dont l'accomplissement, ou l'abstention, est imposée par les attributions légales ou réglementaires de la personne titulaire de cette fonction, de cette mission ou de ce mandat“ (JCL Pénal, op. cit., No 97).

Cette notion inclut „les actes figurant dans les attributions expresses du titulaire de la fonction ou de l'emploi“ (JCL Pénal, op. cit., No 99), ainsi que „plus largement tous ceux qu'impose la discipline de la fonction, résulterait-elle, non de textes, mais uniquement d'une sorte de déontologie informulée, bien que certaine“ (JCL Pénal, op. cit., No 100). „Il importe peu que le fonctionnaire ou l'élu n'ait pas le pouvoir d'accomplir seul l'acte dont il accepte de traiter, mais qu'il ait disposé, contre rémunération, de sa part dans un pouvoir collectif.“ (JCL Pénal, op. cit., No 104) „Il est sans importance également que le fonctionnaire n'ait pas le pouvoir d'accomplir lui-même l'acte dont il trafique, s'il entre dans ses attributions d'en préparer l'accomplissement par des actes préalables.“ (JCL Pénal, op. cit., No 105)

„Pour les personnes investies d'un mandat électif public, leur fonction est **d'émettre des opinions en assemblée, de délibérer et de voter**; elle est aussi de préparer par des rapports les délibérations de ces assemblées; l'acte du mandat ... est donc celui qui est relatif à ces activités et il doit donc être distingué des démarches et des interventions facilitées par l'influence dont les élus bénéficient auprès des pouvoirs publics. Le trafic des actes du mandat constitue seul la corruption, alors que le trafic portant sur les démarches ou les interventions relève du trafic d'influence.“ (JCL Pénal, op. cit., No 103)

L'**acte facilité par la fonction, la mission ou le mandat** est „tout acte qui, bien que ne ressortissant pas aux prérogatives expressément concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, a cependant été rendu possible par elles en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte“ (JCL Pénal, op. cit., No 115).

Il en est ainsi par exemple du fait, pour un fonctionnaire subalterne qui profite de sa situation pour consulter des dossiers auxquels il n'a pas normalement accès et monnaye les informations ainsi surprises (JCL Pénal, op. cit., No 107).

Le Projet de loi tend donc à compléter les infractions déjà actuellement en vigueur. Son objet est par ailleurs de créer des infractions nouvelles et de modifier des règles procédurales.

*

3. CREATION D'INFRACTIONS ET DE REGLES PROCEDURALES NOUVELLES

Le Projet de loi se propose d'améliorer le dispositif de lutte contre la corruption au sens large par l'introduction de cinq infractions nouvelles:

- le trafic d'influence (3.1.),
- la corruption postérieure (3.2.),
- l'incrimination de l'octroi injustifié d'une exonération ou d'une franchise (3.3.),
- la corruption de salariés (3.4.),
- la modification des règles régissant la prescription de l'action publique (3.5.),
- l'incrimination de la corruption de fonctionnaires communautaires et de fonctionnaires européens (3.6.).

3.1. Le trafic d'influence

Le Projet de loi propose l'introduction en droit pénal luxembourgeois de l'infraction de trafic d'influence.

Les textes afférents sont repris des articles 432-11, 433-1 et 433-2 du Nouveau Code pénal français.

L'incrimination de trafic d'influence a été tardivement introduite dans la législation française par une loi du 4 juillet 1889. Celle-ci faisait suite à de retentissants scandales qui secouèrent à l'époque la III^{ème} République française (cf. JCL Pénal, op. cit., No 42).

Par analogie avec la corruption, le trafic d'influence présente un aspect passif et un aspect actif:

*„Le **trafic d'influence passif** est imputable, soit à une personne exerçant une fonction publique, soit à une personne privée, qui se prévalant d'une influence réelle ou supposée dont elle prétend disposer, sollicite ou accepte des dons, présents, offres ou promesses, en vue de faire obtenir au remettant des avantages ou faveurs de toute sorte, dont les pouvoirs publics sont prétendument les dispensateurs.“* (JCL Pénal, op. cit., No 6)

*„Le **trafic d'influence actif** est le fait d'un tiers, qui offre une rémunération, soit à une personne exerçant une fonction publique, soit à un simple particulier, qu'il croit posséder une influence sur les pouvoirs publics, en vue d'obtenir de ces derniers une influence sur les pouvoirs publics, en vue d'obtenir de ces derniers des avantages ou des faveurs.“* (JCL Pénal, op. cit., loc. cit.)

Le trafic d'influence passif peut donc être imputable ou bien à une personne exerçant une fonction publique (hypothèse prévue par l'article 246 nouveau) ou bien à un simple particulier (hypothèse prévue par l'article 248 nouveau).

Le trafic d'influence actif peut être exercé envers une personne exerçant une fonction publique (hypothèse prévue par l'article 247 nouveau), ou envers un simple particulier (hypothèse prévue par l'article 248 nouveau).

Un exemple de cette dernière hypothèse est celle *„d'un simple particulier qui offrirait de rémunérer une personne privée, ami d'un magistrat, pour qu'elle intervienne auprès de celui-ci afin que soit classé sans suite un procès-verbal constatant une infraction“* (JCL Pénal, Art. 433-1 et 43-2, No 28).

La portée de la notion s'éclaircit en la confrontant à celle de la corruption:

„Dans le délit de corruption, le fonctionnaire ou l'élu corrompu monnaye l'accomplissement d'un acte de sa fonction, ou d'un acte facilité par elle. En ce qui concerne au contraire le trafic d'influence, la personne coupable ne se place pas dans le cadre de ses fonctions, mais en dehors: elle use ou, mieux, elle abuse du crédit qu'elle possède (ou qu'on croit qu'elle possède) du fait de sa position dans la société ou dans l'administration, du fait aussi des relations d'amitié qu'elle a pu nouer avec d'autres personnes, ou des liens de collaboration qui se sont tissés entre elle et les fonctionnaires d'autres services publics.“ (JCL Pénal, Art. 432-11, No 119)

En d'autres termes, *„le coupable trafique, non de sa fonction, mais de sa qualité“* (JCL Pénal, op. cit., citant R.GARRAUD).

L'influence dont il se prévaut peut être *„réelle ou supposée“*. Il suffit que la personne qui se prévaut de son influence ou à qui l'on prête celle-ci ne la possède pas réellement, ce qui rapproche alors cette infraction de l'escroquerie (JCL Pénal, op. cit., No 121).

Les faveurs dont le trafic est interdit sont l'obtention *„d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable“*.

Les autorités ou administrations sont celles qui appartiennent aux ordres législatifs, administratifs ou judiciaires (JCL Pénal, op. cit., No 129).

Les termes *„distinctions“*, *„emplois“*, *„marchés“*, *„toute autre décision favorable“* ont par leur caractère générique une portée tout à fait générale.

Les *„emplois“* sont tous ceux qui sont situés à un niveau quelconque de la hiérarchie administrative. Le terme ne s'applique non seulement aux démarches d'obtenir un poste de la part de celui qui n'en a pas, mais aussi celles émanant de celui qui désire accélérer son avancement par des aides extérieures (JCL Pénal, op. cit., No 123).

„La décision favorable de l'autorité publique est celle qui, au lieu d'être obtenue par des moyens légitimes, a été obtenue ou poursuivie par des moyens d'influence coupable“. Peu importe donc que la décision sollicitée soit parfaitement régulière et légitime; l'essentiel, pour la commission du délit ce

sont les moyens irréguliers par lesquels cette décision a été obtenue.” (JCL Pénal, op. cit., No 125) Elle peut constituer une décision d'ordre administratif ou judiciaire (JCL Pénal, op. cit., No 126).

Comme pour les infractions de corruption les avantages rémunérant le trafic peuvent être présentés „directement ou indirectement” (voir ci-avant sub 2.3.) et ils peuvent être destinés ou bien au trafiquant lui-même ou bien à un tiers, tel un parti politique („pour lui-même ou pour autrui”) (voir ci-avant sub 2.4.).

Les textes proposés comblent ainsi une lacune qui a aussi été déplorée par la doctrine belge (NOVELLES, op. cit., No 4260).

3.2. La corruption postérieure

Le droit pénal luxembourgeois (et belge) actuel, tout comme le Nouveau (et l'ancien) Code pénal français, exigent que le „pacte” de corruption soit conclu avant que le corrompu n'accomplisse ou s'abstienne d'accomplir l'acte, objet de ce „pacte”.

La situation inverse, dans laquelle une personne exerçant une fonction publique se fait rémunérer par le bénéficiaire d'un acte qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir **postérieurement** à cette action ou cette abstention n'est pas incriminée.

Elle est toutefois choquante, notamment si la rémunération est importante ou si le fonctionnaire a violé ses devoirs dans l'espoir d'une rémunération.

Un texte répressif a donc été proposé à cette fin (Article 249 nouveau du Code pénal).

3.3. L'incrimination de l'octroi intensifié d'une exonération ou d'une franchise

S'inspirant du droit pénal français, il est proposé de compléter l'article 243 du Code pénal, qui sanctionne la concussion, par l'hypothèse dans laquelle le fonctionnaire accorde une exonération ou franchise de droits et impôts en violation des textes légaux ou réglementaires.

Alors que l'infraction de concussion classique (toujours prévue à l'article 243 alinéa 1 nouveau du Code pénal) envisage la situation de l'administré qui est obligé de payer en vertu d'une pseudo-obligation légale ou réglementaire, qui en réalité n'existe pas, une somme d'argent au fonctionnaire, le texte proposé envisage la situation de l'Etat qui est victime d'un fonctionnaire qui accorde, contrairement aux textes, des exonérations ou franchises qu'il n'est pas en droit d'octroyer.

L'infraction suppose, bien entendu, l'intention de la commettre, une erreur n'entrant pas en ligne de compte.

Il est proposé d'insérer ce texte au deuxième alinéa de l'article 243 du Code pénal.

3.4. La corruption de salariés

Il est proposé de sanctionner, à l'instar du droit pénal français, qui connaît l'incrimination depuis 1919, le fait pour un salarié de se faire rémunérer par un tiers, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction.

Le texte afférent serait inséré à l'article 310 du code pénal.

3.5. Modification des règles régissant la prescription de l'action publique

Les infractions de corruption au sens large n'ont pas de victime directe subissant un préjudice immédiatement perceptible qui pourrait en dénoncer l'existence. Elles présentent en outre cette particularité que toutes les parties au „pacte” tombent sous le coup de la loi pénale et ont donc intérêt à garder le silence et à faire disparaître toute trace de l'infraction.

Il s'ensuit, et l'expérience des autorités judiciaires étrangères confrontées au phénomène l'atteste, que l'existence même de ces infractions risque de ne se révéler au gré du hasard qu'après plusieurs années. Ce n'est donc souvent que plusieurs années après la commission de l'infraction que les premiers actes de poursuite peuvent être posés.

Ceci entraîne d'importantes conséquences en ce qui concerne la prescription de l'action publique.

Les infractions les plus importantes de cette catégorie sont, contrairement au droit pénal français, punies de peines criminelles et donc soumises, en vertu de l'article 637 du Code d'instruction criminelle, à la prescription décennale. Celle-ci semble être amplement suffisante pour permettre une répression efficace.

Il résulte toutefois d'une jurisprudence constante que si la chambre du conseil ou la chambre criminelle procède à une décriminalisation, alors le fait est considéré *ab initio* comme étant un délit et la prescription triennale des délits, prévue par l'article 638 du Code d'instruction criminelle, lui est rétroactivement applicable. Il en découle que si le premier acte de poursuite a été posé plus de trois ans après la commission du fait, l'action publique qui aurait pu être engagée de ce chef est rétroactivement prescrite.

Pour les raisons préexposées, tenant à la spécificité des infractions de corruption, cette situation risque de se présenter souvent en cette matière, sans qu'elle soit toutefois limitée à cette matière.

Il est donc proposé de modifier la solution jurisprudentielle afférente en prévoyant que le délai de prescription applicable à un crime n'est pas modifié par l'effet d'une décriminalisation (et de façon symétrique, que la prescription applicable à un délit n'est pas modifiée par l'effet d'une décorrectionnalisation) et d'insérer le texte afférent dans un nouvel article 640-1 du Code d'instruction criminelle.

3.6. La corruption de fonctionnaires communautaires

Il est proposé d'étendre l'incrimination de la corruption aux fonctionnaires européens et communautaires.

Vu la situation du Luxembourg où réside nombre de fonctionnaires étrangers, vu les travaux internationaux en la matière et vu l'importance du problème, il a paru opportun aux auteurs du projet d'inclure dès à présent une disposition en ce sens.

*

4. LES SOURCES DES TEXTES PROPOSÉS

Les textes proposés par le Projet de loi reprennent pour l'essentiel ceux du Nouveau Code pénal français. Cette démarche se justifie aux yeux des auteurs du projet, comme il a été précisé ci-dessus dans l'Exposé des motifs, par le souci de pouvoir bénéficier, à la fois de textes qui constituent certainement un modèle en la matière et des éclaircissements fournis à ce sujet par une doctrine et une jurisprudence françaises bien fournies.

Par rapport à ce modèle de référence deux ordres de modifications ont toutefois été opérées.

Celles-ci consistent respectivement

- dans la conservation de certaines dispositions du droit pénal belge (4.1.) et
- dans l'insertion de dispositions entièrement nouvelles (4.2.).

4.1. Reprise de dispositions du droit pénal belge

Il a été jugé opportun sur certains points, et pour les raisons développées ci-après, de conserver certaines dispositions du droit pénal belge.

Il en est ainsi, sous réserve de certaines modifications de portée inégale (notamment la modification de la terminologie qualifiant les personnes visées et l'insertion de la prohibition d'octroi injustifié d'une exonération ou franchise dans l'article 243 alinéa 2, qui constituent des modifications reprises du droit pénal français) des articles 240, 241 et 243 à 245. Ce maintien se justifie pour des raisons surtout de style, plutôt que de fond, dans la mesure où les différences entre les droits français et belges sont très limitées en la matière. Dans la mesure où le droit français apportait des solutions nouvelles, mais souhaitables, elles ont été reprises (il en est ainsi notamment de l'article 243 alinéa 2 prévisé).

Une remarque s'impose par ailleurs au sujet du maintien de l'article 245 alinéa 2.

L'article 245 alinéa 2 du Code pénal définit une excuse par rapport à l'infraction de prise illégale d'intérêts, qui est inconnue du droit français, et qui a été introduite, non sans hésitations, par le législateur belge lors de l'élaboration du Code pénal belge, et qui est donc repris par notre Code pénal.

D'après ce texte, le fonctionnaire qui a commis un acte de prise illégale d'intérêts au sens du premier alinéa de l'article 245, est excusé à la double condition cumulative que la prise d'intérêts n'ait pas pu causer préjudice à l'intérêt public et que le fonctionnaire ait agi ouvertement.

Il est proposé de maintenir cette excuse dans le souci d'éviter au texte, qui présente une rigueur certaine, un automatisme aveugle et de ne pas réprimer des actes qui, faute de possibilité de préjudice et de clandestinité, n'ont raisonnablement pas pu heurter l'ordre public.

4.2. Création de dispositions nouvelles

Si l'extrême majorité des textes proposés est (sous réserve de certaines accommodations de style devant permettre leur intégration harmonieuse parmi les autres dispositions, inchangées, du Code pénal) textuellement repris des droits pénaux français et, très subsidiairement, belge, une petite minorité a toutefois été nouvellement conçue.

4.2.1. La corruption postérieure

Il en est ainsi de l'infraction qu'il est proposé d'insérer à l'article 249 du Code pénal et qui sanctionne les rémunérations sollicitées ou acceptées par la personne exerçant une fonction publique et proposées ou agréées par un particulier après que la première ait accompli un acte (ou se soit abstenu de l'accomplir) duquel le second profite.

4.2.2. L'emploi des termes „pour lui-même ou pour autrui“

Il en est ainsi encore de l'emploi dans les textes sanctionnant la corruption et le trafic d'influence des termes „pour lui-même ou pour autrui“, repris des travaux les plus récents du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne, qui expriment le fait qu'il est indifférent qui est le destinataire des avantages proposés en contrepartie des actes de corruption ou de trafic d'influence.

4.2.3. L'insertion d'un article 640-1 au code d'instruction criminelle

Il en est ainsi finalement de la prévision de la règle qu'il est proposé d'inscrire dans un nouvel article 640-1 du Code d'instruction criminelle, suivant laquelle le délai de prescription de l'action publique applicable à un crime n'est pas modifié par l'effet d'une décriminalisation et que le délai de prescription de l'action publique applicable à un délit n'est pas modifié par l'effet d'une décorrectionnalisation.

4.2.4. L'incrimination de la corruption de fonctionnaires européens

L'article 252 nouveau tel que proposé reprend les termes contenus dans les articles 1 et 4 de la Convention établie sur la base de l'article K.3, par. 2 pt C du traité sur l'Union relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés ou des fonctionnaires des Etats membres.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article I

Article 240 du Code pénal

Le texte proposé reprend dans une très large mesure celui qui est actuellement en vigueur, ce sous réserve de quelques modifications de détail:

– Afin d'assurer l'homogénéité de la terminologie entre les chapitres III et IV du Titre IV du Livre II du Code pénal il est proposé de remplacer les termes „fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public“ par ceux, équivalents, par le Nouveau Code pénal français, de „personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public“. Leur portée a été expliquée ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub I).

– Il est d'autre part proposé d'abroger le deuxième alinéa, qui prévoit une circonstance atténuante légale, lorsque le montant détourné est inférieur au cautionnement fourni par certains fonctionnaires.

Cette décision paraît se justifier par deux considérations:

- Le cautionnement exigé est dans une large mesure symbolique, de sorte que le domaine d'application de cette circonstance atténuante est dérisoire (voir l'arrêté grand-ducal modifié du 9 décembre 1903 concernant les cautionnements à fournir par les comptables de l'Etat, texte reproduit au „Code administratif“, tome II, v^o Comptabilité de l'Etat, page 35).
- „*Cette véritable correctionnalisation légale*“ (NOVELLES op. cit., No 3432) paraît critiquable. En effet, „*la périculosité de l'auteur est fonction de l'argent qu'il a en main et non pas du cautionnement qu'il a versé. N'est-il pas dangereux de tracer une frontière entre un crime et un délit en se basant sur un rapport de proportion entre un préjudice matériel et le montant souvent variable d'un cautionnement?*“ (NOVELLES op. cit., No 3433)
 - Si la peine proposée demeure inchangée, la formulation afférente a été adaptée aux exigences de l'article VII de la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines (qui dispose que „*dans toutes les dispositions légales ... le terme „réclusion“ est remplacé par celui de „réclusion de cinq à dix ans“*“).

Article 241 du Code pénal

Le texte proposé est identique à celui actuellement en vigueur sous réserve de légères modifications de forme, qui ont été expliquées ci-avant dans les premier et troisième tirets du commentaire de l'article 240.

Article II

Article 243 du Code pénal

L'article 243 tel que proposé traite de la concussion.

- Le premier alinéa reprend, sous réserve de légères modifications, le texte actuellement en vigueur:
- Il emploie, pour les raisons ci-avant exposées (sub Article 240, premier tiret), les termes „*personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public*“ au lieu de „*tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public*“. La signification de ces termes est toutefois équivalente. En particulier les officiers publics font manifestement partie de la catégorie „*personne dépositaire de l'autorité publique*“ (JCL Pénal, Art. 432-10, No 17).
- Il ajoute à l'énumération des titres sur la base desquels les montants indus sont encaissés les „*impôts*“, s'inspirant de l'énumération effectuée par l'article 432-10 alinéa 1er du Nouveau Code pénal.
 - Il est proposé de maintenir, au deuxième alinéa, la circonstance aggravante prévue par le texte actuellement en vigueur. Celle-ci n'est concevable de s'appliquer qu'au cas prévu à l'alinéa premier.
 - Le troisième alinéa de l'article proposé s'inspire très largement de l'article 432-10 alinéa 2 du Nouveau Code pénal français.

Alors que le premier alinéa incrimine le fait pour un fonctionnaire d'ordonner de percevoir, d'exiger ou de recevoir ce qu'il sait ne pas être dû ou excéder ce qui est dû, „*ce qui évoque la situation de la victime de l'infraction, obligée de déboursier une somme d'argent à laquelle elle n'est pas tenue*“ (JCL op. cit., No 2), le troisième alinéa sanctionne le fait pour un fonctionnaire d'accorder une exonération ou franchise en violation des textes légaux ou réglementaires. „*Dans cet autre aspect du délit, c'est l'Etat qui, cette fois, est victime des agissements du concussionnaire.*“ (JCL op. cit., loc. cit.)

L'infraction est intentionnelle, les mobiles sont toutefois indifférents. L'intention disparaît en cas de perception exigée ou d'exonération accordée indûment par suite d'une erreur (JCL op. cit., No 32 et 33).

La tentative est incriminée par le quatrième alinéa de l'article.

Article 244 du Code pénal

Le texte proposé prévoit la condamnation à une amende pour les infractions prévues au chapitre III du titre IV du Livre II du Code pénal.

- Les amendes applicables ont été considérablement augmentées en vue de les harmoniser avec celles proposées au chapitre IV. Un cadre élargi d'amendes accorde aux juridictions une faculté d'appréciation accrue, leur permettant de sanctionner de façon adéquate les faits les plus graves, ayant causé le plus de préjudice ou ayant dévoilé une énergie criminelle considérable.

- Le renvoi aux préposés ou commis „*des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public*“ remplace, pour des raisons évidentes de cohérence celui aux „*fonctionnaires ou officiers publics, et de toutes personnes chargées d'un service public*“.

Article 245 du Code pénal

L'article proposé ne se distingue du texte actuellement en vigueur que sur deux points:

– Les personnes visées sont définies suivant les termes de l'article 432-12 du Nouveau Code pénal français, qui sanctionne la prise illégale d'intérêts, et qui reprend sur ce point la terminologie employée pour les autres textes sanctionnant la corruption de personnes exerçant une fonction publique et le trafic d'influence, et qui sont repris par les articles du présent Projet de loi: *„toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public.“*

Le motif de cette modification est double. Il paraît préférable d'employer dans les différents textes régissant la prise illégale d'intérêts, la corruption et le trafic d'influence, pour des raisons évidentes de cohésion, une terminologie uniforme. La raison essentielle est toutefois de manifester le souhait d'inclure, sans discussion possible, les titulaires de mandats électifs publics parmi les personnes soumises aux prévisions du texte.

Les notions employées ont été expliquées ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 1).

– Le cadre des peines a été élargi afin de pouvoir l'adapter à celui des autres infractions des chapitres III et IV du titre IV du Code pénal. Il est d'autre part tracé de telle façon qu'une plus grande différenciation suivant la gravité des faits devient possible, la durée de la peine d'emprisonnement prononcée l'amende pouvant toutefois être, le cas échéant, prononcée seule en vertu de l'article 41 du Code pénal) pouvant se situer entre six mois (auquel cas la condamnation à un travail d'intérêt général en application de l'article 22 du Code pénal est concevable) et cinq ans (au lieu de trois mois à deux ans dans le droit actuellement en vigueur).

– Les autres éléments du texte demeurent inchangés et reprennent donc toujours l'article 245 du Code pénal belge. L'article en question, qui a donné lieu à un certain nombre d'applications par la jurisprudence luxembourgeoise, a fait ses preuves et ne paraît pas avoir provoqué des difficultés particulières de mise en oeuvre.

Il est donc aussi proposé de conserver l'actuel alinéa deux de l'article qui définit une excuse non prévue par les textes français (en dernier lieu par l'article 432-12 du Nouveau Code pénal français), qui, non prévu dans le projet initial du Code pénal belge, a été proposé et adopté par la chambre belge des représentants et, après certaines hésitations, par le Sénat belge, suite aux craintes de certains parlementaires d'accorder à l'article 245 une portée excessive *„qui pourrait donner lieu à des vexations intolérables, à raison d'actes parfaitement désintéressés de certains fonctionnaires“* (NYPELS et SERVAIS, Code pénal belge interprété, sub Art. 245, p. 639) et en constatant de façon réaliste que *„l'extension exagérée d'une incrimination l'affaiblit; pour maintenir une prohibition dans sa force, il faut la restreindre dans de justes limites“* (NYPELS et SERVAIS, op. cit., p. 643, citant le rapporteur Pirmez).

Cette excuse suppose que la prise illégale d'intérêts n'ait pas pu causer préjudice à l'intérêt public et que le fonctionnaire ait agi ouvertement.

Article 246 du Code pénal

L'article 246 s'inspire de l'article 432-11 du Nouveau Code pénal français.

– Il sanctionne

- **la corruption passive** de personnes publiques (qui, dans le droit actuellement en vigueur est régie par les articles 246, 247 et 248 du Code pénal), et
- **le trafic d'influence passif effectué par une personne publique** l'article 247 sanctionne le trafic d'influence actif effectué par un particulier envers une personne publique et l'article 248 sanctionne le trafic d'influence actif et passif effectué exclusivement entre des particuliers). Les conditions générales du trafic d'influence ont été exposées ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 3.1).

Le domaine des personnes publiques concernées est identique à celui des autres textes régissant la corruption de ces personnes (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 1).

– L'article reprend les termes *„pour elle-même ou pour un tiers“* (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.4).

L'article traite donc de l'aspect „passif“ de la corruption et du trafic d'influence de personnes publiques. Ce terme „passif“ ne doit toutefois pas être pris à la lettre. Le texte sanctionne la corruption et

le trafic d'influence du côté de la personne publique, dans la mesure où elle se trouve en rapport avec un particulier. Toutes les hypothèses imaginables d'activité et de passivité de la personne publique envers le second sont prévues.

Est ainsi sanctionnée la personne publique qui

- **sollicite** d'un particulier une offre de corruption ou de trafic d'influence (premier alinéa), tout comme la personne publique qui
- **agrée** les propositions émises à cette fin par le particulier.

Ces termes constituent dans une certaine mesure une innovation (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.1).

– L'article 246 nouveau proposé, tout comme les articles 249 à 250 nouveaux, prévoient, sur le modèle du droit pénal français, les termes „**sans droit**“.

Leur emploi évite des solutions absurdes. Ainsi, à leur défaut le fait pour un fonctionnaire d'accepter son traitement statutaire serait, du moins d'après le sens littéral des termes, incriminé comme infraction pénale.

Ces termes excluent du champ d'application des textes afférents tout salaire, traitement, rémunération, indemnité et avantage légalement dus, donc formellement prévus par un texte.

En revanche, cette exclusion ne saurait s'appliquer à des avantages ne remplissant pas ce critère, et cela même s'ils étaient tolérés, voire acceptés par un supérieur hiérarchique.

Il apparaît en effet inacceptable et le respect de la probité et de l'intégrité de la fonction publique s'oppose formellement à ce qu'une personne dépositaire de l'autorité publique, investie d'un mandat électif public ou chargée d'une mission de service public puisse accepter ou solliciter, en l'absence d'un texte lui en accordant le droit, et même avec l'accord d'un supérieur hiérarchique, un avantage en corrélation avec l'accomplissement d'un acte de la fonction.

L'appréciation doit sur ce point être plus sévère qu'en matière de corruption de salariés (qu'il est proposé d'incriminer dans un article 310 nouveau du Code pénal), celle-ci se limitant à exiger que l'avantage accepté ou sollicité par le salarié l'ait été „*à l'insu et sans l'autorisation de son employeur*“.

Article 247 du Code pénal

L'article 247 s'inspire de l'article 433-1 du Nouveau Code pénal français.

- Il sanctionne
- la **corruption active** de personnes publiques (qui, dans le droit actuellement en vigueur, est régie par l'article 252 du Code pénal) et,
- **dans le chef du particulier, le trafic d'influence effectué entre celui-ci et une personne publique** (l'article 248 nouveau traitant du trafic d'influence effectué entre deux particuliers; l'article 246 nouveau sanctionnant, dans le chef de la personne publique, le trafic d'influence effectué entre celle-ci et un particulier). Les conditions générales du trafic d'influence ont été exposées ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 3.1).
- Le domaine des personnes publiques concernées est identique à celui des autres textes régissant la corruption de ces personnes (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 1).
- L'article reprend les termes „*pour elle-même ou pour un tiers*“ (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.4).
- L'article est subdivisé en deux alinéas qui traitent tous les deux à la fois de la corruption active et du trafic d'influence actif. Le terme „actif“ ne doit toutefois pas être pris à la lettre. Le texte sanctionne la corruption et le trafic d'influence du côté du particulier, dans la mesure où il se trouve en rapport avec une personne publique. Toutes les hypothèses imaginables d'activité et de passivité du particulier envers la seconde sont prévues.

Est ainsi sanctionné le particulier qui

- **propose** à la personne dépositaire de l'autorité publique une offre de corruption ou de trafic d'influence (premier alinéa), tout comme le particulier qui
- **cède** aux propositions émises à cette fin par la personne dépositaire de l'autorité publique (second alinéa).

Ces termes constituent dans une certaine mesure une innovation (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.1).

Article 248 du Code pénal

L'article 248, qui s'inspire de l'article 433-2 du Nouveau Code pénal français, complète les articles 246 et 247 nouveaux.

Il incrimine le **trafic d'influence (auprès des autorités publiques) exercé exclusivement entre personnes privées.**

Les conditions générales de l'infraction de trafic d'influence ont été exposées ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 3.1.).

L'hypothèse est celle dans laquelle la personne qui se voit proposer ou propose de trafiquer de son influence (réelle ou supposée) envers les pouvoirs publics n'est pas elle-même une personne exerçant une fonction publique, mais un simple particulier.

Rappelons que si la personne qui trafique de son influence (réelle ou supposée) exerce une fonction publique, alors

- elle commet l'infraction prévue à l'article 246 nouveau et
- le particulier qui propose à la première (ou cède aux propositions de celle-ci) d'abuser de son influence auprès des pouvoirs publics commet l'infraction prévue par l'article 247 nouveau.

– Le premier point (qui reprend pour l'essentiel les termes afférents de l'article 246 nouveau) traite de l'hypothèse dans laquelle un particulier sollicite ou agréé des offres en vue d'abuser de son influence (réelle ou supposée) auprès des autorités publiques en vue d'obtenir d'elles des avantages au profit d'un tiers.

Il sanctionne donc le particulier qui abuse de son influence auprès des autorités publiques en faveur d'un tiers.

– Le second point (qui reprend pour l'essentiel les termes afférents de l'article 247 nouveau) traite de l'hypothèse dans laquelle un tiers propose à un particulier (ou cède aux propositions de ce dernier) d'abuser de son influence (réelle ou supposée) auprès des autorités publiques en vue d'obtenir d'elles des avantages au profit de ce tiers.

Il sanctionne donc le tiers „cocontractant» du particulier qui abuse de son influence auprès des autorités publiques.

– Les peines prévues pour cette infraction sont moins sévères que celles sanctionnant le trafic d'influence commis par une personne publique. Pour choquant que paraisse le fait pour un particulier d'abuser de son influence (réelle ou supposée) auprès des autorités publiques, il est encore plus choquant si cet abus est commis par une personne qui elle-même exerce une fonction publique.

Article 249 du Code pénal

Les droits français et belge actuels réprimant la corruption supposent nécessairement „l'antériorité de la sollicitation ou de l'agrément d'une rémunération par rapport à l'acte ou à l'abstention proposée par le corrompu ou acceptée par lui"; en revanche „il(s) laisse(nt) impunies les rémunérations données a posteriori; de telles rémunérations seront peut-être constitutives d'une faute disciplinaire, mais cette faute est pénalement irréprochable" (JCL Pénal, Art. 432-11, No 93).

„Le fait pour un fonctionnaire d'accepter des cadeaux en remerciements d'actes de sa fonction qu'il a effectués antérieurement ne peut constituer l'infraction." (Cass. française, 19 février 1953, D.H., jurisprudence, p. 284; cité par NOVELLES op. cit., No 4349)

Cette situation est sévèrement critiquée, à justes raisons, par la doctrine tant belge que française. Il est ainsi exposé que „le fonctionnaire qui sollicite une rémunération, mais qui s'abstient finalement d'accomplir l'acte de la fonction est punissable, alors qu'il échappe à toute pénalité s'il commence par accomplir cet acte dont il devrait s'abstenir et réclame ou accepte ensuite une rémunération; la violation des devoirs de son état seulement tentée est donc punissable (1ère hypothèse), mais le trafic consommé (2ième hypothèse) reste hors d'atteinte" (JCL Pénal, op. cit., No 94, citant des observations de M. J.P. Delmas-Saint-Hilaire dans Rev.sc.crim. 1987, p. 685).

„Le législateur voulait-il vraiment la condamnation du fonctionnaire qui envisage de se laisser acheter et l'acquiescement de celui qui reçoit des dons sans cause apparente?... Nous redoutons que cette limitation du champ d'application des articles relatifs à la corruption, rende la disposition partiellement inopérante: qui empêchera un fonctionnaire d'espérer un „donatif" (qualification juridique du „don postérieur» dans l'Ancien Droit français) possible, s'il se sait à l'abri des poursuites? ... En toute hypothèse, le législateur devrait intervenir." (NOVELLES, op. cit., Nos 4350 et 4351)

A la différence des droits pénaux français et belge, les Codes pénaux allemand (Article 332) et italien (Article 318) sanctionnent les dons postérieurs (JCL Pénal, op. cit., No 93).

Rappelons que dans l'état actuel de la législation l'infraction de corruption est toutefois établie si la rémunération remise uniquement après l'accomplissement ou l'abstention d'accomplir l'acte, n'est que l'exécution d'une promesse antérieure (JCL Pénal, op. cit., No 95).

Le texte proposé entend tenir compte des sévères critiques doctrinales adressées à juste raison au droit actuellement en vigueur en incriminant les dons postérieurs et ce tant dans le chef de la personne dépositaire de l'autorité publique (Article 249 alinéa 1) que dans celui du „donateur“ (Article 249 alinéa 2).

L'infraction ainsi proposée ne fait par ailleurs pas double emploi, tout comme la corruption „classique“ ne le fait pas non plus, avec la concussion (Article 243) et la prise illégale d'intérêts (Article 245).

La concussion, même commise par simple réception, se distingue de la corruption (antérieure ou postérieure) par ce que la seconde suppose que l'offre ou la remise de fonds se fasse à titre de don ou de présent, tandis que la première suppose que la remise se fasse à un titre légal ou pseudo-légal, comme étant une taxe, un impôt, une contribution etc. (NOVELLES op. cit., No 3892 et 3903; JCL Pénal, Art. 432-11, No 16-22).

L'article 245 réprime la prise illégale d'intérêts des personnes exerçant une fonction publique dans les affaires privées. La corruption (antérieure ou postérieure) présuppose au contraire un acte de la fonction ou facilité par la fonction (RIGAUX et TROUSSE, Les crimes et les délits du Code pénal, Tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 274).

Le texte proposé s'inspire largement de la terminologie utilisée par le Nouveau Code pénal français (qui n'a toutefois pas prévu cette infraction).

- Les catégories de personnes retenues sont celles visées dans la plupart des autres articles du chapitre en question. Il est dans le présent texte, tout comme dans la plupart des autres textes réprimant la corruption, fait mention des personnes „investies d'un mandat électif public“. Le texte proposé sanctionnerait par exemple les dons postérieurs au vote (ou au rejet) de textes (de lois, de règlements communaux) aux députés ou conseillers municipaux, ou à leurs partis politiques, provenant de personnes ayant bénéficié de ces votes (positifs ou négatifs) effectués et tendant à „rémunérer“ celles-ci.

- L'infraction suppose que la personne exerçant une fonction publique ait déjà, avant sa commission, ou bien accompli un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par cette fonction, mission ou ce mandat ou bien se soit abstenue d'accomplir un tel acte.

L'action ou l'abstention du fonctionnaire est donc antérieure à la conclusion du „pacte“ illicite.

- L'infraction met aux prises l'auteur de cet acte ou de cette abstention avec la personne qui en a bénéficié.

Ce bénéficiaire peut être le destinataire direct de l'acte (par exemple la personne qui s'est vue accorder une autorisation), tout comme un tiers (par exemple le concurrent commercial de la personne qui s'est vu refuser une autorisation).

- L'objet du „pacte“ est représenté par des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques. Les termes employés sont exactement ceux utilisés dans le contexte de la corruption „classique“ (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.2).

- La cause du „pacte“ est l'acte de la fonction ou facilité par la fonction que la personne exerçant la fonction publique a accompli ou s'est abstenue d'accomplir et dont le corrupteur a bénéficié.

Les dons sont donc sollicités ou proposés en rémunération de l'action ou de l'abstention de la personne exerçant la fonction publique.

- Il importe peu que les dons aient été sollicités ou proposés de façon directe ou indirecte (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.3).

- Il est de même indifférent que le don rémunérant l'action ou l'abstention antérieure d'une personne exerçant une fonction publique ait été sollicité ou proposé pour elle-même ou pour un tiers (tel, par exemple, un parti politique). Il n'est donc pas requis que cette personne ait nécessairement cherché un enrichissement personnel. Les solutions sont identiques à celles retenues pour la corruption „classique“ (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.4.).

– L'infraction est pleinement consommée par le fait pour la personne exerçant une fonction publique de solliciter un don et pour le bénéficiaire d'un acte ou d'une abstention antérieure de la première de proposer celui-ci.

L'infraction est par ailleurs consommée dans le chef de la première si elle agréé les offres du second et dans le chef du second s'il cède aux sollicitations de la première.

Les conditions ainsi prévues sont sur ce point aussi celles de la corruption „classique“ (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.1.).

Les peines prévues sont identiques à celles sanctionnant la corruption „classique“, l'activité délictueuse présentant un caractère répréhensible similaire. Cette solution est d'ailleurs celle adoptée par le Code pénal allemand (bien que non celle du Code pénal italien) (JCL Pénal, op. cit., No 93).

Article 250 du Code pénal

L'article 250 nouveau s'inspire largement de l'article 434-9 du Nouveau Code pénal français.

Il reprend la matière traitée par les actuels articles 249 à 251 et 252 du Code pénal et concerne la **corruption de magistrats, d'arbitres et d'experts**.

- Le texte proposé étend par rapport à ceux actuellement en vigueur le domaine des personnes concernées. Ces derniers ne visent que „*le juge*“ et „*l'arbitre*“, alors que le premier s'applique à
 - „*tout magistrat*“: peu importe qu'il s'agisse des magistrats du siège ou de ceux des Parquets (qui jusqu'à présent ne relevaient pas de ces textes spéciaux (NOVELLES, op. cit., No 4254), de ceux relevant de juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, de juridictions ordinaires ou d'exception,
 - „*toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle*“: il s'agit par exemple des assesseurs, représentants des employeurs et salariés dans les juridictions du travail, ou des militaires siégeant dans les juridictions militaires,
 - „*tout arbitre*“,
 - „*l'expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties*“.

En revanche, n'a pas été retenue la référence portée par l'article 434-9 du Nouveau Code pénal français à toute „*personne chargée par l'autorité judiciaire, d'une mission de conciliation ou de médiation*“. Cette rubrique vise les personnes désignées en France par le Procureur de la République en application du dernier alinéa de l'article 41 du Code de procédure pénale français, tel que modifié par une loi du 4 janvier 1993 (voir la Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 14 mai 1993 (cim. 93 9/FI, 14 mai 1993, cité au JCL Pénal, Art. 434-9). Comme l'instruction criminelle luxembourgeoise ne connaît pas de texte analogue, il a été décidé de ne pas retenir ce cas de figure.

– L'article 250 nouveau traite dans son premier alinéa de la corruption passive des magistrats, arbitres et experts, alors que son second alinéa concerne la corruption active envers ceux-ci (dans le droit actuellement en vigueur la corruption active est prévue par l'article 252 du Code pénal).

L'infraction de corruption passive est pleinement consommée par la sollicitation d'offres, même si ceux-ci ne sont pas acceptées (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.1.). Il importe par ailleurs peu que le „pacte“ de corruption, une fois conclu, ait été ou n'ait pas été exécuté.

L'infraction de corruption active, prévue à l'alinéa second, est de son côté pleinement consommée par le fait, pour tout particulier, de céder aux sollicitations d'une des personnes visées ou de leur proposer des avantages. Il importe peu que le pacte ait été effectivement exécuté.

- Le texte proposé, à l'instar de l'article 434-9 du Nouveau Code pénal français, ne sanctionne
 - que la corruption (active et passive) des magistrats et non pas le trafic d'influence dont ils pourraient se rendre coupables,
 - que la corruption visant un acte de la fonction, et non pas celle visant un acte facilité par la fonction, et
 - que la corruption convenue avant l'accomplissement de l'acte ou de l'abstention coupable à l'exclusion de celle convenue après cet accomplissement ou cette abstention.

Cette triple exclusion ne saurait d'évidence être interprétée en ce sens que le trafic d'influence, la corruption visant un acte facilité par la fonction, ou la corruption postérieure à l'acte ou l'abstention, auxquels se livreraient les magistrats ne seraient pas sanctionnés. Ces comportements sont punis par les

textes afférents du droit commun, donc en ce qui concerne le trafic d'influence, par les articles 246, 247 et 248 nouveaux du Code pénal, en ce qui concerne l'incrimination de la corruption en rapport avec un acte facilité par la fonction, par les articles 246, 247 et 249 nouveaux du Code pénal et en ce qui concerne les dons postérieurs, par l'article 249 nouveau du Code pénal.

Le but de l'article 250 est en effet de sanctionner par des peines plus sévères une forme particulièrement répréhensible de corruption: celle de magistrats en rapport avec les actes de leur fonction. Il ne vise certainement pas à exempter ceux-ci de la répression des autres formes de corruption au sens large dont ils peuvent se rendre coupables.

– L'article 434-9 du Nouveau Code pénal français comporte un troisième alinéa définissant une circonstance aggravante suivant laquelle *„lorsque l'infraction définie au premier alinéa est commise par un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, la peine“* est augmentée. Ce texte paraît s'inscrire dans le contexte de l'existence, en France, d'une Cour d'Assises, partiellement composée, outre de magistrats professionnels, de jurés populaires, appelée à juger les crimes, sans possibilité d'appel et sans obligation de motiver le verdict rendu. Il semble viser l'influence particulière que les magistrats professionnels risquent d'être en mesure d'exercer sur les jurés populaires (ces magistrats participant au délibéré), influence qui pourrait théoriquement être de nature à constituer la source de certaines offres et sollicitations malveillantes.

Comme la situation légale luxembourgeoise est radicalement différente, l'instruction criminelle luxembourgeoise ne connaissant ni jurés populaires (depuis 1814), ni Cour d'Assises (depuis 1987), il n'a pas semblé opportun de retenir le texte en question.

Article 251 du Code pénal

L'article 251, qui s'inspire de l'article 433-3 du Nouveau Code pénal français reprend un des cas de figure prévus par l'actuel article 252 en sanctionnant les **actes de menaces, violence et intimidation exercés contre des personnes publiques**.

Il y apporte plusieurs innovations.

– D'abord du point de vue des personnes pouvant faire l'objet des actes de contrainte.

L'article reprend l'énumération des catégories de personnes visées par les articles 246 à 248 nouveaux (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 1). Il inclut donc d'une façon expresse et indiscutable dans son champ d'application les personnes investies d'un mandat électif public.

Il s'applique par sa généralité d'évidence aussi aux magistrats et aux autres catégories de personnes visées à l'article 249.

– Ensuite du point de vue des actes de contrainte visés.

L'article étend l'énumération des comportements réprimés de „violences“ et „menaces“ déjà visés par l'article 252 actuel du Code pénal, à „tout autre acte d'intimidation“.

Ce terme générique, repris de l'article 433-3 du Nouveau Code pénal français, devrait permettre de couvrir tout comportement poursuivant le but d'intimider une personne exerçant une fonction publique en vue de l'amener à faire ou à s'abstenir de faire un des actes visés, sans devoir s'attarder à la question de savoir si ce comportement est susceptible d'être qualifié de violence ou de menace.

– Finalement du point de vue de la finalité poursuivie par l'acte d'intimidation.

L'actuel article 252 du Code pénal réprime les violences ou menaces exercées en vue de contraindre un fonctionnaire à exécuter „un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire“ ou „l'abstention d'un acte rentrant dans l'ordre de ses devoirs“.

Le texte proposé étend ce domaine des finalités envisagées en visant:

- l'accomplissement ou l'abstention d'un acte de la fonction, de la mission ou du mandat,
- l'accomplissement ou l'abstention d'un acte facilité par la fonction, la mission ou le mandat (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 2.5.),
- l'abus d'autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. Ces notions se rapprochent de celles employées en matière de trafic d'influence (voir „Présentation générale des innovations proposées“, sub 3.1.), la seule différence étant que le terme „autorité“ remplace celui „d'influence“ et l'adjectif „vrai“ celui de „réel“, termes qui paraissent porter des significations équivalentes.

– Comme les peines prévues sont d'ordre criminel, il n'y a pas lieu d'incriminer expressément la tentative, qui l'est d'office par l'effet de l'article 52 du Code pénal.

Article 252 du Code pénal

– Le texte actuel de l'article 252 est remplacé par ce texte qui constitue une innovation.

Ainsi, les hypothèses visées par l'article 253 ancien sont couvertes à l'heure actuelle par d'autres textes, notamment l'article 31 du CI Cr.

En outre, la référence aux hospices et au bureau de bienfaisance ne présente plus d'intérêt aujourd'hui.

Il a donc semblé utile d'abroger ce texte devenu désuet.

– L'article 252 proposé par le présent projet introduit l'incrimination de la corruption de fonctionnaires communautaires et étrangers.

Le présent projet qui est finalisé fin juin 1997 entend ainsi tenir compte dans une certaine mesure des dispositions contenues dans la Convention établie sur la base de l'article K.3. par. 2) pt c) du traité, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union.

Cette Convention adoptée fin mai 1997 par le Conseil JAI n'a pas encore été ratifiée et n'a dès lors pas encore de force contraignante.

Néanmoins, il a paru utile aux auteurs du projet de loi d'intégrer dès à présent certains aspects du texte qui leur semblent des plus importants.

Ainsi, le texte proposé

- a) reprend les termes des articles 1 et 4 de la Convention pour définir les catégories de personnes visées;
- b) étend les incriminations qui les concernent de la seule corruption active et passive prévue par la Convention (articles 2 et 3) au trafic d'influence (articles 246, 247 et 248), à la corruption „postérieure" (article 249) et aux actes d'intimidation (article 251).

Ce texte ne prévoit pas de dérogation par rapport aux règles de compétence territoriale. Donc, la corruption de ces personnes n'est sanctionnée au Luxembourg

- que si l'infraction y a été commise (ou si un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs y a été accompli) (Article 7ter du Code d'instruction criminelle) ou
- (si cette première condition n'est pas respectée) que si la personne poursuivie (qui a donc par hypothèse commis le fait à l'étranger)
 - a) est de nationalité luxembourgeoise
 - b) que si le fait est puni dans le pays où il a été commis
 - c) que si le principe du non bis in idem est respecté
 - d) que si, si l'infraction n'est pas qualifiée de crime au Luxembourg (ce qui sera pourtant le cas pour la corruption active), il y a dénonciation officielle des faits dénoncés (une plainte de la victime ne semble pas être concevable vu le caractère particulier des infractions qui n'ont pas de victime individualisée).

Il y a lieu de noter que le texte proposé vise seulement les fonctionnaires communautaires ou issus d'un Etat membre de l'Union et non pas tous les fonctionnaires étrangers.

Article III

Article 310 du Code pénal

Le Projet de loi innove en incriminant dans cet article la corruption de salariés.

Le texte proposé s'inspire de l'article L 152-6 du Code du Travail français, disposition qui, adaptant sur ce point les anciens articles 177 et 179 du Code pénal français, y a été placé par la loi No 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal français, ses auteurs estimant qu'elle ne trouverait pas sa place parmi les dispositions concernant les atteintes à l'autorité de l'Etat parmi lesquelles figurent celles concernant la corruption de personnes exerçant une fonction publique.

Il a paru inapproprié de placer cette disposition parmi les textes sanctionnant la concussion, la prise illégale d'intérêts et la corruption de personnes exerçant une fonction publique, qui figurent au Titre IV

du Livre II du Code pénal („*Des crimes et des délits contre l'ordre public commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions*”). Il est proposé de la faire figurer à l'article 310 du Code pénal (dont le texte original a été abrogé par la loi du 11 mai 1936), qui figure au Chapitre VIII („*Des infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques*”) du Titre V („*Des crimes et des délits contre l'ordre public commis par des particuliers*”) du Code pénal.

L'infraction en question avait été introduite dans le droit pénal français au lendemain de la première guerre mondiale (Loi du 16 février 1919) à la suite de comportements jugés scandaleux d'un certain nombre d'employés du commerce et de l'industrie (voir à ce sujet JCL Pénal, Art. 432-11, Fascicule 20, No 5).

Elle trouve son fondement dans le devoir de fidélité dont le salarié est tenu envers son employeur. Elle peut ainsi être rapprochée de celle définie à l'article 309 du Code pénal (modifié par la loi du 15 juillet 1993 tendant à renforcer la lutte contre la criminalité économique et la fraude informatique, Mém. A, p.1152), sanctionnant la révélation des secrets d'affaires et de fabrication, qui est inspirée par cette même finalité.

– La personne corrompue doit revêtir la qualité de „salarié”. Celle-ci englobe „*toutes les personnes qui se trouvent dans une situation de subordination juridique vis-à-vis de l'employeur sous l'autorité duquel elles se trouvent placées*” (JCL Pénal, op. cit., No 23).

L'article L 152-6 du Code du Travail français vise outre la catégorie de „salarié” encore celle de „directeur”. Cette notion paraît devoir s'entendre de personnes, certes dirigeantes, mais néanmoins subordonnées à un employeur, de sorte que le terme constitue une redondance (JCL Pénal, op. cit., No 24).

Les véritables dirigeants de droit ou de fait d'une société, dans la mesure où ils ne sauraient être considérés comme salariés, subordonnés aux injonctions d'un employeur, ne sauraient se voir appliquer ce texte. En revanche, le caractère déloyal de leur gestion est, le cas échéant, de nature à être sanctionné par l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, réprimant ce qui est communément appelé l'abus de biens sociaux.

Il n'a donc pas paru utile de retenir ce terme, dont la portée juridique exacte n'est d'ailleurs pas certaine.

– Les moyens générateurs de la corruption sont ceux de la corruption de personnes exerçant une fonction publique.

Le premier alinéa sanctionne la corruption du côté du salarié, qui accepte ou sollicite des offres.

Le second alinéa sanctionne la corruption du côté du tiers „cocontractant” du „pacte” de corruption avec le salarié, ce tiers ayant pris l'initiative des offres ou y cédant.

– Les avantages proposés pris en considération sont ceux exposés ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées”, sub 2.2.).

Il a été jugé plus logique et cohérent de reprendre sur ce point exactement les termes employés par les articles 246 nouveau et suivants („*des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques*”) plutôt que ceux à portée similaire (cf. JCL Pénal, op. cit., No 28) mais de formulation légèrement différente employés par l'article L 152-6 du Code français du Travail („*des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes*”).

– La remise peut se faire directement ou indirectement (voir „Présentation générale des innovations proposées”, sub 2.3.).

– Elle peut avoir lieu au profit du salarié ou au profit d'un tiers („*pour lui-même ou pour un tiers*”). Ces termes, non employés par le texte français de référence, sont proposés pour les raisons évoquées ci-avant (voir „Présentation générale des innovations proposées”, sub 2.4.).

– La différence essentielle avec la corruption de personnes exerçant une fonction publique est que toute rémunération non légalement due proposée par un tiers en vue d'amener un salarié à effectuer les finalités visées n'est pas réprimée.

Une condition essentielle de l'infraction est en effet que les offres, promesses etc. aient été proposées au salarié ou sollicitées par lui „*à l'insu et sans l'autorisation de son employeur*”. Il faut donc que la rémunération présente un caractère secret.

„*C'est ce fait, la clandestinité de la rémunération, qui menace les intérêts de l'employeur et la rend dangereuse.*” (JCL Pénal, op. cit., No 31)

Ainsi, les pourboires donnés au salarié avec l'agrément de l'employeur sont licites (JCI. Pénal op. cit., loc. cit.).

– Le but des manoeuvres corruptrices est d'amener le salarié à exercer ou à s'abstenir d'exercer un acte de la fonction ou un acte facilité par la fonction.

L'espionnage commercial entre incontestablement dans cette dernière catégorie.

Article IV

Article 640-1 du Code d'instruction criminelle

En droit pénal luxembourgeois la nature de l'infraction détermine la prescription de l'action publique:

- un crime se prescrit après dix ans (Article 637 du Code d'instruction criminelle);
- un délit se prescrit après trois ans (Article 638 du Code d'instruction criminelle);
- une contravention de police se prescrit après un an (Article 640 du Code d'instruction criminelle).

La détermination de la nature de l'infraction s'opère à son tour en fonction des peines appliquées:

- si la peine prévue est la réclusion à vie ou à temps, alors l'infraction constitue un crime (Articles 7 à 13 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines);
- si la peine prévue est l'emprisonnement, alors l'infraction constitue un délit (Articles 14 à 24 du Code pénal modifié);
- si la peine prévue est une amende de 10.000.- francs au plus, alors l'infraction est une contravention de police (Articles 25 à 26 du Code pénal modifié).

La loi pénale prend soin de définir à propos de chaque infraction un cadre de peine qui permette de la classer dans une de ces trois catégories.

Les juridictions répressives sont toutefois autorisées à appliquer des peines moins fortes que celles prévues par le texte pénal enfreint si elles estiment qu'il y a lieu d'appliquer dans le chef du prévenu des circonstances atténuantes.

Ainsi des faits sanctionnés par la loi de la réclusion de dix à quinze ans (donc un crime) peuvent n'être punis par le juge du fond que d'un emprisonnement de trois ans (Article 74 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines) (donc par une peine délictuelle).

Des faits sanctionnés par les textes de la réclusion de cinq à dix ans (donc un crime) peuvent n'être punis par le juge du fond que d'un emprisonnement de trois mois (Article 74 du Code pénal modifié) (donc par une peine délictuelle).

Des faits sanctionnés par les textes d'une peine d'emprisonnement (donc un délit) peuvent n'être punis par le juge du fond que d'une amende au-dessous de 10.001.francs (Article 78 du Code pénal modifié) (donc par une peine de police).

La chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, donc la juridiction ayant à statuer sur le sort de l'instruction préparatoire clôturée, peut, par application de circonstances atténuantes, renvoyer un inculpé de faits qualifiés crimes devant la chambre correctionnelle (Article 130-1 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines) ou un inculpé de faits qualifiés délits devant le tribunal de police (Article 131-1 du Code d'instruction criminelle).

Dans toutes ces circonstances l'infraction change de nature: le crime se transforme en délit; le délit se transforme en contravention de police.

Cette transformation produit une importante conséquence en ce qui concerne la prescription de l'action publique. Cette dernière dépend en effet aussi de la nature de l'infraction, qui de son côté dépend de la nature de la peine.

La peine prise en considération à titre de critère devant déterminer le délai de prescription est non seulement celle prévue par la loi, mais encore celle prononcée et appliquée par les juridictions (Roger THIRY, Précis d'instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois, tome I, No 101, page 85 et tome II, No 101, page 28).

Il s'ensuit que si un fait qualifié crime par la loi, et donc normalement soumis à une prescription décennale,

- est renvoyé par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, par application de circonstances atténuantes, devant le tribunal correctionnel ou

- si la chambre criminelle à laquelle le fait avait été renvoyé par la chambre du conseil, décide de n'y appliquer qu'une peine d'emprisonnement (donc une peine délictuelle, ce qui n'est concevable que si le fait n'est que sanctionné de la réclusion de dix à quinze ans au plus),

alors la prescription applicable est *ab initio* celle triennale des délits.

De façon symétrique, un fait qualifié délit par la loi qui est décorrectionnalisé, soit par la chambre du conseil, soit par la juridiction du fond, se prescrit *ab initio* par la prescription annale des contraventions.

Telles sont les solutions jurisprudentielles actuellement retenues par notre droit pénal (voir THIRY op. cit., loc. cit.).

Elles ne sont pas sans inconvénients. Ainsi, au cas où l'action publique du chef d'un crime n'est engagée, pour quelque raison que se soit, qu'après plus de trois années à partir de sa commission et que soit la chambre du conseil, soit la chambre criminelle saisie par la première, estiment que le fait ne mérite d'être sanctionné que de peines correctionnelles par application de circonstances atténuantes, alors le délai de prescription n'est *ab initio* que de trois ans.

Il s'ensuit que tous les actes d'instruction et de poursuite effectués (par hypothèse après l'écoulement de ce délai) l'ont été à des époques où l'infraction était déjà prescrite. Ceux-ci sont donc rétroactivement dépourvus de toute efficacité. Ceci peut être particulièrement dramatique lorsque notamment des mesures de détention préventive ont été prises à ce titre.

Il peut être très difficile de savoir au moment où l'action publique est engagée si une décriminalisation (ou une décorrectionnalisation) sera finalement effectuée par la chambre du conseil ou la juridiction de fond. Faute de bien deviner l'attitude qu'adopteront le cas échéant ces juridictions après une instruction qui peut être longue et complexe, les autorités de poursuite risquent de poser des actes qui ne seront rétroactivement plus considérés comme valables.

La question se pose chaque fois qu'une action publique est engagée du chef d'un crime commis depuis plus de trois années et sanctionnée d'une peine de réclusion ne dépassant pas un terme de 15 ans (si la peine dépasse ce terme, alors la décriminalisation n'est plus légalement concevable). Elle se pose par ailleurs chaque fois qu'une action publique est engagée du chef d'un délit commis depuis plus d'un an.

L'engagement tardif de l'action publique peut notamment se concevoir en présence d'une infraction qui ne produit pas un préjudice immédiat et qu'aucune des personnes qui en sont au courant n'ont un intérêt à dévoiler. Tel est en particulier le cas de la corruption et du trafic d'influence (ce qui explique l'inclusion de ce texte dans le cadre du présent Projet de loi). Rappelons qu'il est proposé de sanctionner les infractions les plus graves de cette catégorie par des peines criminelles. Tel est le cas des articles 246, 247, 249 et 251 nouveaux.

La prévision de peines criminelles n'empêche pas que dans certains cas d'espèces des peines délictuelles peuvent paraître suffisantes. Si toutefois dans cette hypothèse l'action publique n'a pu être mise en mouvement que trois ans après les faits, alors la décriminalisation entraîne nécessairement le constat de la prescription de l'action publique.

Or, l'expérience récente des autorités judiciaires françaises aux prises avec les „affaires“ atteste les difficultés de découvrir ce type d'infractions. En France, les faits les plus graves de corruption et de trafic d'influence sont punis de peines privatives de liberté allant jusqu'à dix ans (Articles 432-11, 433-1, 433-3 et 434-9 du Nouveau Code pénal français), mais qui sont considérés comme ayant une nature correctionnelle, et qui sont donc soumis à la prescription triennale des délits. En pratique, de telles infractions n'ont le plus souvent pu être décelées que par l'effet d'un hasard après l'écoulement d'un délai de plus de trois ans.

Une poursuite n'était donc plus légalement possible du chef de ces infractions. Afin toutefois de ne pas laisser impunis ces faits il a été décidé de les sanctionner par le biais de l'infraction d'abus de biens sociaux (en ce qui concerne le corrupteur, qui, dans ce cas de figure, doit alors nécessairement être le dirigeant d'une société commerciale) et de recel d'abus de biens sociaux (en ce qui concerne le corrompu).

Cette démarche était concevable dans la mesure où une jurisprudence constante considère que la prescription de l'action publique de ces infractions ne commence à courir qu'à partir du jour où elles ont été constatées (alors que celle du chef de corruption ou de trafic d'influence commence à courir à partir de la date des faits). Cette manière de procéder supposait une interprétation fort extensive des textes légaux en question (qui sont repris à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les

sociétés commerciales), qui a été sévèrement critiquée en doctrine et qui a été récemment mise en cause par la Cour de cassation française (Cass.crim. 6 février 1997, Dalloz 1997, No 8 du 20 février 1997, Flash, page 2; JCP, Ed. G., 1997, No 8 du 19 février 1997, Actualités; cet arrêt ayant été fortement commenté par la Presse française (voir par exemple „Le Monde“ du 8 février 1997, pages 1, 6, 7 et éditorial)).

Il est donc très probable que ces infractions ne puissent souvent, en pratique, être découvertes que plus de trois ans après leur commission. Une décriminalisation consécutive, qu'il peut être difficile de prévoir au moment où il s'agit d'engager l'action publique, empêchera donc toute sanction.

La solution actuelle risque d'ailleurs de défavoriser aussi le prévenu. Confronté au dilemme, ou bien, de décriminaliser, eu égard à l'existence de réelles circonstances atténuantes dans le chef du prévenu (ce qui entraînera le constat de la prescription de l'action publique, qui dans notre hypothèse n'a été engagée que plus de trois ans après les faits), ou bien, de renvoyer le prévenu en chambre criminelle, respectivement de le sanctionner de peines criminelles, et donc de permettre une sanction pénale (ce qui privera le prévenu des circonstances atténuantes qu'il peut mériter), les juridictions auront probablement tendance à pencher vers la seconde branche de l'alternative, qui paraît moins heurter l'ordre public et qui choquera moins une opinion publique, qui suivra probablement de près ce type de procès.

Le texte proposé évite ce dilemme absurde en permettant à la fois de sanctionner pénalement un fait qui trouble sérieusement l'ordre public et de laisser néanmoins aux juridictions toute latitude pour permettre une personnalisation de la peine.

Ce type de problèmes peut d'ailleurs se rencontrer pour d'autres infractions, qui elles-aussi, risquent de ne pas être dévoilées, pour des raisons diverses (l'auteur sachant par exemple cacher les faits ou intimider la victime) dès leur commission. Il en est ainsi du faux en écritures publiques (puni de la réclusion de dix à quinze ans par l'article 195 du Code pénal), du faux en écritures privées (puni de la réclusion de cinq à dix ans par l'article 196 du Code pénal), de l'attentat à la pudeur commis sur un enfant âgé de moins de onze ans accomplis (puni de réclusion par l'article 372 alinéa 2 du Code pénal) ou le viol commis sur un enfant n'ayant pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis (puni de réclusion de dix à quinze ans par l'article 375 alinéa 2 du Code pénal).

Le texte proposé s'applique bien évidemment sans préjudice de la nécessaire appréciation du caractère raisonnable du délai endéans duquel la poursuite doit être engagée et terminée en application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

Article V:

L'intitulé des chapitres

Il est proposé de reprendre les articles modifiés par le présent projet sous un même chapitre, à savoir le chapitre III qui change dès lors de titre.

L'intitulé du chapitre IV devient dès lors superflu et est abrogé.

Dans le but d'une meilleure lecture du texte l'ordre des chapitres qui suivent est avancé.