



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5262

Projet de loi portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003; et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal

Date de dépôt : 19-12-2003

Date de l'avis du Conseil d'État : 23-11-2004

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
18-05-2005	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
19-12-2003	Déposé	5262/00	<u>6</u>
16-04-2004	Avis de la Chambre de Commerce (16.4.2004)	5262/03	<u>150</u>
23-11-2004	Avis du Conseil d'Etat (23.11.2004)	5262/01	<u>159</u>
25-11-2004	Avis de la Chambre des Métiers (25.11.2004)	5262/02	<u>170</u>
21-02-2005	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission juridique	5262/04	<u>175</u>
08-03-2005	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (8.3.2005)	5262/05	<u>180</u>
23-03-2005	Rapport de commission(s) : Commission juridique Rapporteur(s) :	5262/06	<u>183</u>
03-05-2005	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (03-05-2005) Evacué par dispense du second vote (03-05-2005)	5262/07	<u>195</u>
31-12-2005	Publié au Mémorial A n°74 en page 1176	5262	<u>198</u>

Résumé

Projet de loi portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;**
 - b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;**
 - c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;**
 - d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;**
- et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal**

Résumé

Le présent projet de loi a pour objet d'approuver respectivement de transposer en droit luxembourgeois différents instruments en matière de répression pénale du phénomène de corruption adoptés au sein du Conseil de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe entre les années 1997 et 2003.

Ainsi la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et son Protocole du 27 septembre 1996 ont été complétés par un second Protocole, notamment pour voir incriminer de manière coordonnée, au niveau de tous les Etats membres de l'Union européenne, les actes de fraude ou de corruption commis au détriment du budget communautaire pour le compte de personnes morales, ainsi que le blanchiment du produit de tels actes de fraude ou de corruption.

Le nouveau Protocole fut signé par les Etats membres à Bruxelles, le 19 juin 1997.

Parallèlement une nouvelle Convention à caractère autonome fut élaborée, dont l'objectif était d'aboutir à une incrimination cohérente au niveau des Etats membres, de tous les actes de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres, indépendamment de leur incidence éventuelle sur les intérêts financiers communautaires. Cette Convention fut signée à Bruxelles, le 26 mai 1997.

Au sein du Conseil de l'Europe fut élaborée une Convention pénale sur la corruption prévoyant une incrimination coordonnée des infractions de corruption, une coopération renforcée dans la poursuite de ces infractions, un mécanisme de suivi efficace ouvert

aux Etats membres et aux Etats non-membres, et surtout l'introduction de l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé. La Convention pénale sur la corruption fut signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, suivie d'un Protocole additionnel signé à Strasbourg, le 15 mai 2003.

Le Luxembourg, à l'occasion de sa présidence du Conseil européen en 1997, proposa, sous la forme d'un projet d'action commune, une initiative destinée à lutter contre la corruption dans le secteur privé. Cette action commune, adoptée par le Conseil européen en date du 22 décembre 1998, fut par la suite remplacée par une Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Etant donné que le droit pénal luxembourgeois ne punit, à ce jour, que les actes de corruption qui impliquent le secteur public, la transposition de cette Décision-cadre et l'approbation de la Convention pénale sur la corruption obligent le Luxembourg à compléter son arsenal législatif par des dispositions réprimant et sanctionnant la corruption également lorsqu'elle n'affecte que le secteur privé.

C'est pourquoi le projet de loi prévoit, outre l'approbation des Conventions et Protocoles figurant dans l'intitulé, l'insertion au Code pénal d'un article 310 nouveau incriminant la corruption privée passive et d'un article 310-1 nouveau incriminant la corruption privée active.

Dans les deux cas le coupable sera passible d'une peine d'emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros.

5262/00

N° 5262

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

*(Dépôt: le 19.12.2003)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (11.12.2003).....	2
2) Texte du projet de loi.....	3
3) Exposé des motifs	5
4) Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ...	37
5) 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	42
6) Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne	51

7) Acte du Conseil du 19 juin 1997 établissant le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes	64
8) Rapport explicatif sur le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.....	75
9) Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27.1.1999)	88
10) Rapport explicatif concernant la Convention pénale sur la corruption	100
11) Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15.5.2003).....	130
12) Rapport explicatif sur le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption	134

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, 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 portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Palais de Luxembourg, le 11 décembre 2003

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. 1.– Sont approuvés:

- a. La Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b. le deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c. la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d. le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003.

Art. 2.– Le paragraphe 1) de l'article 252 du code pénal est modifié comme suit:

„1) Les dispositions des articles 246 à 251 du présent code s'appliquent aussi aux infractions impliquant

- des personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat;
- des personnes siégeant dans une formation juridictionnelle d'un autre Etat, même en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé de se prononcer sur l'issue d'un litige, ou exerçant une fonction d'arbitre soumis à la réglementation sur l'arbitrage d'un autre Etat ou d'une organisation internationale publique;
- 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;
- des fonctionnaires, agents d'une autre organisation internationale publique, des personnes membres d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale publique et des personnes qui exercent des fonctions judiciaires ou de greffe au sein d'une autre juridiction internationale dont la compétence est acceptée par le Grand-Duché de Luxembourg.“

Art. 3.– Il est inséré au code pénal un article 310 et un article 310-1, rédigés comme suit:

„**Art. 310.–** Est puni d'un emprisonnement de un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros, le fait par une personne qui a la qualité de directeur, d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, ou qui travaille comme mandataire, préposé ou à tout autre titre pour une personne physique ou morale, de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, pour elle-même ou pour autrui, des offres ou des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, de l'Assemblée générale ou du Conseil d'administration ou de la personne physique ou morale pour laquelle elle travaille, ou en violation de ses obligations légales ou de règles ou directives professionnelles liées à sa fonction.“

„**Art. 310-1.–** Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de proposer ou d'octroyer, sans droit, directement ou indirectement, à une personne qui a la qualité de directeur, d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, ou qui travaille comme mandataire, préposé ou à tout autre titre pour une personne physique ou morale, pour elle-même ou pour un tiers, des offres ou des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour obtenir d'elle qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, de l'Assemblée générale ou du Conseil d'administration ou de la personne physique ou morale pour laquelle elle travaille, ou en violation de ses obligations légales ou de règles ou directives professionnelles liées à sa fonction.“

Art. 4.– Le paragraphe 1) de l'article 506-1 du code pénal est modifié comme suit:

„1) ceux qui ont sciemment facilité, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens visés à l'article 31, alinéa premier, sous 1), formant l'objet ou le produit, direct ou indirect,

- d'un crime;
 - d'une infraction aux articles 135-1 à 135-6 du code pénal;
 - de crimes ou de délits dans le cadre ou en relation avec une association au sens des articles 322 à 324ter du code pénal;
 - d'une infraction aux articles 368 à 370 et 379 à 379bis du code pénal;
 - d'une infraction aux articles 491 et 496 à 496-4 du code pénal;
 - d'une infraction aux articles 240, 243 à 252, 310 et 310-1 du code pénal;
 - d'une infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales;
 - d'une infraction à la législation sur les armes et munitions;
- ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions.“

Art. 5.– L'article 2, cinquième alinéa, de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales est complété comme suit:

„Au cas où l'intéressé a violé ses obligations professionnelles légales, notamment au regard du droit d'établissement ou s'est soustrait aux charges sociales ou fiscales que lui impose sa profession, l'autorisation peut être refusée ou révoquée. Ce refus ou cette révocation peut intervenir sur demande du Centre commun de la sécurité sociale, de l'Administration des contributions directes, ou de l'Administration de l'enregistrement et des domaines. L'autorisation peut également être révoquée dans le cas où l'intéressé aurait été condamné pénalement du chef d'infractions aux dispositions légales en matière de concurrence déloyale ou de corruption.“

Art. 6.– „Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que le Procureur Général d'Etat est désigné pour exercer au Grand-Duché de Luxembourg la fonction d'autorité centrale au sens de l'article 29 de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, sans préjudice des compétences attribuées par la loi à d'autres autorités. Le cas échéant, le Procureur Général d'Etat assurera la transmission de la demande à l'autorité compétente.“

Art. 7.– I. Au moment de la notification visée à l'article 13 paragraphe 2 de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement est autorisé à faire les déclarations suivantes:

1. „En application de l'article 7 paragraphe 2. de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que, sauf les cas couverts par le point a) de l'article 7 paragraphe 1. de la même Convention il n'appliquera les règles de compétence visées aux points b), c) et d) du même article 7 paragraphe 1. qu'à la condition que l'auteur de l'infraction ait la nationalité luxembourgeoise.“
2. „En application de l'article 12 paragraphe 4. de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare qu'il accepte la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes selon les modalités prévues à l'article 12, paragraphe 3 de la même Convention.“

II. Au moment de la ratification de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, le Gouvernement est autorisé à faire la déclaration suivante:

„En application de l'article 17 paragraphe 2 de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, le Grand-Duché de Luxembourg déclare que, sauf les cas couverts par le point a de l'article 17 paragraphe 1 de cette même Convention, il n'appliquera les règles de compé-

tence visées aux points b et c du même article 17 paragraphe 1 qu'à la condition que l'auteur de l'infraction ait la nationalité luxembourgeoise."

*

EXPOSE DES MOTIFS

A. Considérations générales

La question de la protection adéquate du budget communautaire avait connu, il y a quinze ans déjà, un regain d'intérêt suite à l'arrêt 68/88, „Commission contre République hellénique“, de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui dégageait l'obligation des Etats membres de réprimer les violations du droit communautaire dans les mêmes conditions que celles du droit national (principe de l'assimilation) et de conférer aux sanctions de telles violations un caractère effectif, proportionné et dissuasif.

Une Résolution (94/C 355/02) adoptée en date du 6 décembre 1994 par le Conseil avait établi que, bien qu'il existât déjà dans les Etats membres, dans de nombreux domaines, des dispositions pénales visant à protéger les intérêts financiers des Communautés, des différences non négligeables apparaissaient pour ce qui est des faits constitutifs des infractions et/ou des conséquences juridiques. Le Conseil releva également, à l'époque, l'existence de lacunes de ces dispositions qui pouvaient porter atteinte à la coopération entre les Etats membres dans la lutte contre le phénomène de la fraude aux intérêts financiers communautaires.

En mars 1995, un accord politique fut dégagé pour élaborer, dans un premier temps, un instrument juridique autonome qui porterait sur les questions les plus essentielles, à savoir la définition de la fraude, la nécessité d'incriminer les cas de fraude, l'adéquation des sanctions pénales, les règles de compétence des juridictions des Etats membres, la coopération entre Etats membres, l'extradition, la responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise, les sanctions à appliquer en cas de fraude impliquant des fonctionnaires communautaires et la lutte contre la corruption au niveau de ces mêmes fonctionnaires.

Cet instrument juridique fut adopté sous la forme d'une Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995.

Par la suite, un Protocole à la Convention fut élaboré, avec l'objectif d'assurer une lutte coordonnée au niveau des Etats membres de l'Union européenne contre la corruption de fonctionnaires publics, ce terme étant conçu de manière très large de façon à couvrir à la fois les fonctionnaires nationaux et les fonctionnaires européens. Ce Protocole, ci-après désigné par les termes „le Premier Protocole“ fut signé le 27 septembre 1996.

Enfin, un autre Protocole qui concerne l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés Européennes de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, fut signé à Bruxelles, le 29 novembre 1996.

Ces trois instruments ont été approuvés par le Grand-Duché de Luxembourg et leurs dispositions ont été transposées par une loi du 30 mars 2001.

Le même groupe d'experts qui avait élaboré les instruments précités accorda par la suite son attention à une proposition de la Commission visant à compléter la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et son Protocole du 27 septembre 1996 par un nouveau Protocole, notamment pour voir incriminer de manière coordonnée, au niveau de tous les Etats membres de l'Union européenne, les actes de fraude ou de corruption commis au détriment du budget communautaire pour le compte de personnes morales, ainsi que le blanchiment du produit de tels actes de fraude ou de corruption.

Le nouveau Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, ci-après désigné par les termes „le Deuxième Protocole“, fut signé par les Etats membres à Bruxelles, le 19 juin 1997.

Parallèlement, le groupe d'experts entreprit l'élaboration d'une nouvelle Convention à caractère autonome, dont l'objectif était d'aboutir à une incrimination cohérente au niveau des Etats membres, de tous les actes de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres, indépendamment de leur incidence éventuelle sur les intérêts financiers communautaires. Cette Convention fut signée le 26 mai 1997.

En complément des deux Protocoles à la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne qui ne visaient tous que le phénomène de corruption dans le domaine public, le Luxembourg, à l'occasion de sa présidence du Conseil européen en 1997, proposa, sous la forme d'un projet d'action commune, une initiative destinée à lutter contre la corruption dans le secteur privé. Cette action commune, adoptée par le Conseil européen en date du 22 décembre 1998, fut par la suite remplacée par une Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Etant donné que le droit pénal luxembourgeois ne punit, à ce jour, que les actes de corruption qui impliquent le secteur public, la transposition de cette Décision-cadre oblige le Luxembourg à compléter son arsenal législatif par des dispositions réprimant et sanctionnant la corruption également lorsqu'elle n'affecte que le secteur privé.

Il y a lieu de remarquer que la Commission européenne, insatisfaite de ce que tous les Etats membres de l'Union européenne n'avaient pas encore adopté et transposé la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes et ses deux Protocoles, a présenté, le 23 mai 2001, une proposition de Directive du Parlement et du Conseil relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté qui reprend les dispositions essentielles de ces instruments.

La base juridique de la proposition de Directive susvisée et la compétence pour la Commission européenne de présenter une Directive dans une matière qui relève du domaine du droit pénal des Etats membres étant largement contestées au niveau du Conseil de l'Union européenne, cette proposition n'a pas été adoptée à ce jour.

Entre-temps, d'ailleurs la Convention du 26 juillet 1995 et son Premier Protocole, de même que le Protocole du 29 novembre 1996 concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés européennes de la Convention du 26 juillet 1995, sont entrés en vigueur le 17 octobre 2002. Seul le Deuxième Protocole à cette Convention n'est pas encore entré en vigueur, certains Etats membres, dont le Luxembourg, ne l'ayant pas encore ratifié.

La raison pour laquelle le Luxembourg n'a pas encore procédé à l'adoption, respectivement la transposition ni de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, ni du Deuxième Protocole, ni de l'Action commune concernant la corruption dans le secteur privé, s'explique par le fait que d'autres travaux étaient (et sont toujours) en cours au sein de différentes organisations internationales qui ont pour ambition de mieux rencontrer le problème de la corruption par le biais d'un renforcement des droits nationaux notamment en matière répressive. Il a paru préférable d'attendre l'aboutissement de ces travaux afin d'éviter des modifications itératives de notre droit pénal en la matière.

Parallèlement aux travaux menés au sein du Conseil de l'Union européenne, d'autres enceintes internationales dont l'OCDE et le Conseil de l'Europe ainsi que les Nations Unies où des travaux sur une Convention contre la corruption sont encore en cours, se sont en effet préoccupés ces dernières années de l'ampleur que le phénomène de la corruption a pu prendre par effet des changements géopolitiques et de la mondialisation¹ des marchés internationaux.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a établi, en date du 21 novembre 1997, une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Le Grand-Duché a approuvé cette Convention par une loi du 15 janvier 2001 qui a remanié et complété de manière substantielle les anciennes dispositions du code pénal en matière de corruption.

Au sein du Conseil de l'Europe, parallèlement aux travaux menés au sein du Conseil de l'Union européenne et suite à une série de recommandations issues de la Conférence des Ministres européens de la Justice réunis à La Valette en 1994, le problème de la corruption avait été soumis à l'examen d'un groupe de travail d'experts. Ces travaux ont abouti à un Programme d'action contre la corruption qui fut adopté par le Conseil des Ministres en novembre 1996.

¹ Intégration des marchés internationaux résultant des progrès des communications et des transports, de la libéralisation des échanges et de l'arrivée de nouveaux concurrents dynamiques dans les pays en développement.

Lors de leur 21^{ème} Conférence tenue à Prague, les Ministres européens de la Justice appelèrent à la mise en oeuvre rapide de ce Programme et recommandèrent, en particulier, l'élaboration d'une Convention pénale sur la corruption prévoyant une incrimination coordonnée des infractions de corruption, une coopération renforcée dans la poursuite de ces infractions et un mécanisme de suivi efficace ouvert aux Etats membres et aux Etats non membres.

De leur côté, à l'occasion de leur Deuxième Sommet tenu à Strasbourg, les 10 et 11 octobre 1997, les Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe avaient adopté un Plan d'Action par lequel ils chargeaient le Comité des Ministres notamment de conclure rapidement les travaux d'élaboration d'instruments juridiques internationaux, conformément au Programme d'Action contre la corruption.

Un groupe d'experts réuni au Conseil de l'Europe s'est depuis lors attelé à divers travaux qui ont donné le jour à différents instruments: une Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, suivie d'un Protocole additionnel signé le 15 mai 2003, puis une Convention civile en matière de corruption signée à Strasbourg, le 4 novembre 1999, un Code modèle de conduite pour les agents publics, ainsi qu'un Accord partiel élargi établissant le „Groupe d'Etats contre la Corruption – en abrégé GRECO“ – chargé de la mission d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption et de veiller à la mise en oeuvre de leurs engagements dans ce domaine².

Le présent projet de loi propose l'adoption et la transposition par le Grand-Duché de Luxembourg de l'ensemble des instruments en matière de répression pénale du phénomène de corruption qui ont été adoptés au sein du Conseil de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe entre les années 1997-2003. Il ne couvre toutefois pas la Convention civile sur la corruption, conclue au sein du Conseil de l'Europe, destinée à faire l'objet d'un projet de loi distinct, le présent projet visant essentiellement l'aspect pénal de la lutte contre la corruption.

Il est important de signaler d'emblée que tant le Deuxième Protocole à la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes que la Convention pénale sur la corruption établie au sein du Conseil de l'Europe obligent les Parties à prévoir des dispositions établissant une responsabilité pénale des personnes morales. Comme cette question n'avait encore jamais été considérée au niveau du droit luxembourgeois, elle nécessite de plus amples réflexions et il semble opportun de ne pas en limiter la portée à la seule responsabilité pénale pour les infractions visées dans les deux instruments en question mais plutôt de prévoir un régime général de sanctions des personnes morales sur le plan pénal. C'est la raison pour laquelle cet aspect ne sera pas traité dans le cadre du présent projet de loi mais fera l'objet d'un projet de loi particulier.

B. Commentaire des dispositions de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997

La Convention du 26 mai 1997 a été publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes au volume C 195 du 25 juin 1997. Elle est accompagnée d'un rapport explicatif adopté par le Conseil le 3 décembre 1998 et publié au Journal Officiel des Communautés Européennes, Volume C 391, en date du 15 décembre 1998. Ce rapport explicatif est censé faire partie intégrante du présent commentaire qui se borne à fournir un bref aperçu du contenu des différents articles et à donner certaines explications complémentaires par rapport à la législation luxembourgeoise actuelle et aux projets de loi déposés par le Gouvernement.

Il convient par ailleurs de noter que, en raison de l'étroite parenté entre le texte de la Convention et les dispositions du Protocole du 27 septembre 1996 à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (ci-après appelé „le Premier Protocole“), il est parfois fait économie d'explications plus détaillées de certaines dispositions de la Convention, celles-ci ayant déjà été exposées dans le cadre des travaux parlementaires qui ont abouti à la loi précitée du 30 mars 2001.

Seul le Luxembourg n'a pas encore approuvé la Convention.

² Le GRECO qui a déjà visité le Luxembourg dans le cadre d'un premier exercice d'évaluation, en novembre 2000 y entreprendra une nouvelle visite en novembre 2003, dans le cadre du second exercice d'évaluation.

Article Premier – Définitions

Les définitions des termes „fonctionnaire“, „fonctionnaire communautaire“ et „fonctionnaire national“ retenues aux fins de la présente Convention sont identiques aux définitions fournies à l'article premier du Premier Protocole.

Dès lors, tout comme dans le cadre du Premier Protocole, l'expression „fonctionnaire communautaire“ ne couvre pas les membres des institutions européennes, c'est-à-dire la Commission, le Parlement européen, la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour des Comptes européenne, qui font cependant l'objet, à l'article 4 de la Convention, d'une disposition d'assimilation spécifique avec les ministres nationaux, les parlementaires nationaux, les membres des plus hautes juridictions nationales et les membres des Cours des comptes nationales.

La loi du 15 janvier 2001 citée plus haut, par laquelle le Luxembourg a approuvé la Convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, a établi aux articles 245 à 249 du code pénal, les infractions de prise illégale d'intérêts, de trafic d'influence et de corruption à l'égard de toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, et toute personne chargée d'une mission de service public ou d'un mandat électif public et a établi à l'article 250 du code pénal l'infraction de corruption à l'égard de tout magistrat ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle et de tout arbitre ou expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties. Par le biais de l'article 252 du code pénal, la même loi a étendu l'application de ces dispositions pénales aux infractions de corruption et de trafic d'influence qui impliquent des personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques d'un autre Etat ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat, 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 européennes ou encore des agents d'une autre organisation internationale publique.

Article 2 – Corruption passive

L'article 2 de la Convention reprend, par analogie, la disposition de l'article 2 du Premier Protocole concernant les éléments constitutifs de corruption passive, abstraction faite toutefois de l'élément d'atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, étant donné l'objet plus large de la présente Convention.

A l'instar de l'article 2 paragraphe 2 du Premier Protocole, le paragraphe 2 pose l'obligation pour les Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés au paragraphe 1 soient érigés en infraction pénale.

L'article 246 du code pénal et l'article 252 du code pénal répondent déjà aux exigences de l'article 2 de la présente Convention.

Article 3 – Corruption active

L'article 3 reflète les dispositions de l'article 3 du Premier Protocole.

L'article 247 du code pénal qui consacre une approche large du phénomène de la corruption active, permet de répondre aux exigences de l'article 3 de la Convention.

Article 4 – Assimilation

L'article 4 est à rapprocher de l'article 4 paragraphes 2 à 5 du Premier Protocole.

Une transposition correcte de l'article 4 est assurée par le biais de l'article 252 du code pénal ainsi que par les dispositions combinées de l'article 82 de la Constitution et de l'article 40 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et l'article 503-1 du code d'instruction criminelle.

Article 5 – Sanctions

L'article 5 reproduit l'article 5 du Premier Protocole.

Les sanctions pénales prévues aux articles 246 et suivants du code pénal, en combinaison avec les dispositions du chapitre VII du Livre Ier du code pénal, répondent aux exigences de l'article 5 paragraphe premier, alors que le respect du seuil minimum de peine nécessaire à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne est pleinement assuré par leur biais.

Le paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention réserve le droit des Etats membres et des organismes communautaires de procéder par la voie disciplinaire contre le fonctionnaire accusé d'un fait de corrup-

tion, en plus des poursuites pénales que ce fonctionnaire subira. Dans ce cas, les juridictions nationales ont la simple faculté de prendre en compte, en fixant la sanction pénale à l'égard d'un fonctionnaire reconnu coupable, les sanctions disciplinaires prises à l'encontre de ce dernier pour les mêmes faits.

Article 6 – Responsabilité pénale des chefs d'entreprise

L'article 6 est à rapprocher de l'article 7 paragraphe premier du Premier Protocole ainsi que de l'article 3 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995.

En vertu de cet article, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires afin que les chefs d'entreprise et toute personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise puissent être déclarés pénalement responsables selon les principes définis par son droit interne, lorsqu'une infraction de corruption active telle que visée à l'article 3 a été commise pour le compte de l'entreprise par une personne qui est soumise à leur autorité.

La jurisprudence luxembourgeoise reconnaît la responsabilité pénale du dirigeant d'une entreprise du chef du fonctionnement illégal de celle-ci, notamment en cas d'organisation déficiente et de défaut de contrôle et de surveillance adéquat. Il ne paraît donc pas nécessaire de légiférer spécialement, le dirigeant d'une entreprise impliquée dans une infraction de corruption active à l'égard d'un fonctionnaire étant déjà, en l'état actuel de la législation, susceptible d'être poursuivi pénalement.

Article 7 – Compétence

L'article 7 est calqué sur les dispositions de l'article 6 du Premier Protocole.

Le premier paragraphe fait obligation à chaque Etat membre d'établir la compétence de ses juridictions nationales pour connaître des infractions de corruption visées aux articles 2, 3 et 4 dans quatre hypothèses:

- a) Lorsque l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur le territoire de cet Etat membre.
- b) Lorsque l'auteur de l'infraction est un ressortissant ou un fonctionnaire de cet Etat membre, quel que soit le lieu de commission de l'infraction.
- c) Lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un fonctionnaire communautaire ou national, au sens de l'article 1er de la Convention, ou d'un membre d'une institution communautaire visée à l'article 4 paragraphe 1er, et que ce fonctionnaire ou ce membre d'une institution communautaire est le ressortissant de cet Etat membre.
- d) Lorsque l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire communautaire au service d'une institution communautaire ou d'un organisme créé conformément aux traités instituant les Communautés Européennes et ayant son siège dans cet Etat membre.

Le paragraphe 2 de l'article 7 ménage la possibilité pour tout Etat membre de faire une déclaration de réserve totale ou partielle à l'égard de l'application par cet Etat des règles de compétence dérogatoires au principe de la territorialité visé au paragraphe 1 a).

En vertu du droit commun, la compétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître des faits de corruption de fonctionnaires nationaux est donnée, quelle que soit la qualité de la personne qui commet l'infraction, dans tous les cas où un acte caractérisant un élément constitutif de celle-ci est commis sur le territoire de l'Etat luxembourgeois.

Par effet de l'article 252 du code pénal cette compétence territoriale des tribunaux est également donnée à l'égard des actes de corruption commis envers des fonctionnaires d'un autre Etat membre, des fonctionnaires communautaires ainsi que des membres des institutions communautaires, lorsqu'un élément de l'infraction est réalisé sur le territoire luxembourgeois.

La compétence des juridictions luxembourgeoises est donc donnée dans l'hypothèse visée à l'article 7 paragraphe 1 point a).

Concernant les cas visés au point b) de l'article 7 paragraphe premier, il y a lieu de retenir qu'en vertu de l'article 5 du code d'instruction criminelle, les tribunaux luxembourgeois ont compétence pour connaître notamment des infractions de corruption commises à l'étranger par un Luxembourgeois. Toutefois, dans l'hypothèse d'une personne qui n'a pas la nationalité luxembourgeoise mais qui occuperait néanmoins une fonction qui lui vaudrait d'être qualifiée de fonctionnaire luxembourgeois, qui serait impliquée dans une infraction de fraude ou de corruption commise à l'étranger, les tribunaux luxembourgeois n'auront pas nécessairement compétence pour poursuivre l'auteur de l'infraction. Ils

n'auront de compétence dans ce cas que si au moins une partie de l'infraction est réalisée sur le territoire luxembourgeois.

De même, pour les hypothèses visées au point c) de l'article 7 paragraphe premier, pour des fonctionnaires communautaires de nationalité luxembourgeoise qui exercent leurs fonctions dans un Etat distinct du Grand-Duché, les tribunaux luxembourgeois n'auront pas, en principe, de compétence pour connaître d'infractions de corruption active commises à leur égard, sauf si l'infraction est partiellement commise sur le territoire luxembourgeois ou dans le cas où l'auteur de l'infraction a la nationalité luxembourgeoise.

Enfin, pour le point d) de l'article 7 paragraphe premier, la compétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître des infractions de corruption dont l'auteur est un fonctionnaire communautaire n'est également donnée que dans le cas où tout ou partie de l'infraction se sera située sur le territoire luxembourgeois ou dans le cas où l'auteur a la nationalité luxembourgeoise.

Il est proposé, à l'instar de la solution retenue dans le cadre de la loi précitée du 20 mars 2001, que le Gouvernement luxembourgeois soit autorisé à déclarer que le Grand-Duché écartera l'application des règles de compétence citées aux points b), c) et d) du paragraphe premier de l'article 7 de la Convention, pour autant que l'auteur de l'infraction de corruption n'ait pas la nationalité luxembourgeoise et que les tribunaux luxembourgeois ne soient pas compétents en vertu du principe de territorialité. Tel est l'objet de l'article 8 paragraphe 1. du présent projet de loi.

Il y a lieu de noter que la Convention pénale sur la corruption, signée au sein du Conseil de l'Europe, bien qu'elle prévoit l'obligation pour ses Parties de prévoir une très large compétence de leurs juridictions pour connaître des faits de corruption, trafic d'influence et de blanchiment du produit de telles infractions, ménage également la possibilité pour ces Parties d'écartier, par le biais d'une réserve, les chefs de compétence distincts de celui découlant du principe de territorialité.

Article 8 – Extradition et poursuites

L'article 8 est inspiré de l'article 5, paragraphes 1, 2 et 4, de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995.

Le paragraphe 1 de l'article 8 de la présente Convention impose à tout Etat membre qui n'extrade pas ses ressortissants, de prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2, 3 et 4, lorsqu'elles ont été commises en dehors de son territoire par l'un de ses ressortissants. L'infraction peut avoir été commise dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers.

L'article 5 du code d'instruction criminelle luxembourgeois permet de satisfaire à cette disposition.

Le paragraphe 2 de l'article 8 consacre le principe „Aut dedere aut judicare“ dans l'hypothèse d'un Etat membre auquel un autre Etat membre demande l'extradition d'une personne présumée avoir commis une infraction visée aux articles 2, 3 ou 4, mais qui, en raison de la nationalité de la personne réclamée, ne peut accorder cette extradition.

Cette obligation d'engager des poursuites contre la personne réclamée est déjà prévue à l'article 6, 2° de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (, sauf que cette dernière fait état d'une demande préalable de l'Etat requérant d'engager des poursuites, demande qui, en pratique, intervient de toute façon).

Pour mettre l'Etat requis en mesure d'engager les poursuites, les dossiers, informations et objets relatifs à l'infraction lui seront transmis par l'Etat membre requérant suivant des modalités fixées à l'article 6 de la Convention européenne d'extradition. L'Etat membre requérant sera tenu informé des poursuites engagées ainsi que des suites qui y seront données.

Selon le paragraphe 3 de l'article 8 de la présente Convention, la notion de ressortissant, pour l'application des paragraphes 1 et 2, doit être envisagée à la lumière des déclarations relatives à l'article 6 paragraphe 1 b) de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 qui ont pu être faites par les Etats Parties, ainsi qu'au regard de l'article 6 paragraphe 1 c) de la même Convention.

La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 confère la faculté à toute Partie Contractante de refuser l'extradition de ses ressortissants.

En ratifiant la Convention précitée du 13 décembre 1957, le Gouvernement luxembourgeois a précisé, par voie de réserve, qu'il n'accordera ni l'extradition ni le transit de ses nationaux. Dans une déclaration relative à l'article 6.1 (b) de cette même Convention, il a par ailleurs établi qu'il fallait entendre par le terme „ressortissants“ au sens de cette Convention, les personnes possédant la nationa-

lité luxembourgeoise, ainsi que les étrangers qui se sont intégrés dans la communauté luxembourgeoise, pour autant qu'ils puissent être poursuivis au Luxembourg pour le fait pour lequel l'extradition est demandée. Dans le même sens, l'article 7 de la loi du 20 juin 2001 sur l'extradition prévoit que l'extradition n'est pas accordée si la personne réclamée est un ressortissant luxembourgeois et qu'elle peut être refusée si la personne réclamée est un étranger qui réside durablement au Luxembourg et si l'extradition est considérée comme inopportune en raison de son intégration ou des liens qu'il a établis au Luxembourg, pour autant toutefois qu'il puisse être poursuivi au Luxembourg pour le fait pour lequel l'extradition est demandée.

Lors de l'approbation de la Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, le Gouvernement a également été autorisé, par loi du 20 juin 2001, à faire une déclaration qu'il n'accordera pas l'extradition de ses ressortissants et qu'il maintient, dans les relations avec les Etats Parties à la Convention précitée du 27 septembre 1996, l'effet de la réserve et de la déclaration faites dans le cadre des articles 6 et 21 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

Il y a lieu de noter qu'en vertu de l'article 6 1.c) de la Convention de 1957, la qualité de ressortissant doit être appréciée au moment de la décision sur l'extradition. Toutefois, si cette qualité n'est reconnue qu'entre l'époque de la décision et la date envisagée pour la remise, la Partie requise est autorisée à se prévaloir de la disposition de l'article 6 1.a) de la même Convention.

Article 9 – Coopération

L'article 9 reprend, mutatis mutandis, les dispositions de l'article 6 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995 pour consacrer une coopération judiciaire pénale effective entre Etats membres de l'Union européenne dans la lutte contre les infractions de corruption établies conformément aux articles 2, 3 et 4 de la présente Convention.

Dans l'hypothèse d'une compétence concurrente de plusieurs Etats membres pour connaître d'une infraction et engager des poursuites sur la base des mêmes faits, le paragraphe 2 indique que les Etats membres coopèrent pour décider lequel d'entre eux exercera les poursuites, l'objectif recherché étant de centraliser les poursuites dans un seul Etat membre.

Article 10 – Ne bis in idem

Cet article, inspiré du texte de l'article 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995, reprend les termes des articles 54 et 55, paragraphes 1 et 4, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen, le 19 juin 1990. Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 10 ajoute aux dispositions précitées un texte qui est issu de l'article 3 d'une Convention entre les Etats membres des Communautés européennes relative à l'application du principe ne bis in idem, qui a été signée par le Luxembourg en date du 25 mai 1987.

Le Grand-Duché de Luxembourg n'ayant pas fait de déclaration d'exception au principe du „ne bis in idem“ dans le cadre de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, il n'y a aucune raison d'en faire pour l'article 10 paragraphe 2 de la présente Convention.

Article 11 – Dispositions internes

A l'instar de l'article 9 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995, l'article 11 réserve la possibilité pour les Etats membres d'adopter en droit interne des dispositions plus contraignantes que celles de la Convention.

Article 12 – Cour de Justice

Les paragraphes 1 et 2 de l'article 12 de la Convention sont inspirés des dispositions de l'article 8 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995 et du Premier Protocole. Ils précisent les conditions dans lesquelles la Cour de Justice des Communautés Européennes peut être saisie dans le cadre d'un différend entre Etats membres ou entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission européenne.

Le paragraphe premier règle la question des différends susceptibles de naître entre Etats membres relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Ces différends concerneront probablement pour l'essentiel les dispositions relatives à la coopération interétatique, impliquant des questions de

double incrimination et de double pénalisation. De même, l'effet d'une décision prise dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée dans un Etat membre sur la procédure engagée dans un autre Etat membre peut donner lieu à difficultés.

Pour le règlement des différends entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission, le paragraphe 2 de l'article 12 ne prévoit une saisine de la Cour de Justice des Communautés Européennes que pour autant que le différend porte sur l'article 1er de la Convention, à l'exclusion cependant du point c) de cet article, ou sur les articles 2, 3 ou 4 et qu'il concerne une question relevant du droit communautaire ou des intérêts financiers communautaires ou qu'il implique des fonctionnaires ou membres des institutions communautaires ou des organismes créés en application des Traités instituant les Communautés européennes.

Par ailleurs, conformément aux paragraphes 3 et suivants, chaque Etat membre a la possibilité de déclarer qu'il accepte une compétence de la Cour de Justice communautaire à statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation des articles 1 à 4 et 12 à 16 de la Convention, dans le cadre d'une affaire impliquant des membres ou des fonctionnaires des institutions communautaires ou des organismes créés en application des Traités instituant les Communautés européennes. Cette compétence est cependant subordonnée à une déclaration d'acceptation par l'Etat membre concerné. Dans sa déclaration, l'Etat membre peut, s'il le souhaite, réserver la faculté de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice communautaire à ses seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

Dans le cadre de la ratification du Protocole du 29 novembre 1996 concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés Européennes de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, approuvé par la loi du 30 mars 2001 précitée, le Luxembourg a accepté que toute juridiction luxembourgeoise puisse s'adresser à la Cour de Justice des Communautés Européennes pour une interprétation, à titre préjudiciel, des dispositions de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes.

Il est dès lors proposé que le Luxembourg procède, dans le cadre des notifications relatives à l'approbation de la présente Convention, à une déclaration, par laquelle il accepte purement et simplement la compétence de la Cour de Justice communautaire telle que prévue au paragraphe 3 de l'article 12, sans condition quant au degré de la juridiction qui serait habilitée à introduire une question préjudicielle devant cette Cour.

Article 13 – Entrée en vigueur

La Convention est soumise à l'adoption des Etats membres de l'Union européenne. Elle n'entrera en vigueur que quatre-vingt-dix jours après la notification faite par le dernier Etat membre de l'accomplissement de la procédure d'adoption.

Néanmoins, comme pour d'autres Accords et Conventions en matière pénale précédemment conclus entre Etats membres de l'Union européenne, le paragraphe 4 prévoit une clause d'application anticipée, fondée sur le principe de réciprocité. La déclaration de l'Etat membre qui consent à cette application anticipée pourra être faite soit au moment de la ratification, soit à tout autre moment et elle prendra effet quatre-vingt-dix jours après son dépôt.

Même à défaut d'une telle déclaration d'application anticipée, des Etats membres peuvent convenir de manière bilatérale d'appliquer entre eux la présente Convention avant son entrée en vigueur générale.

Article 14 – Adhésion de nouveaux Etats membres

La Convention est ouverte à l'adhésion de tout nouvel Etat membre de l'Union européenne.

Article 15 – Réserves

Les seules réserves admises sont celles prévues à l'article 7 paragraphe 2 et à l'article 10, paragraphe 2, visées ci-dessus.

Article 16 – Dépositaire

Il s'agit d'une disposition finale usuelle.

C. Commentaire des dispositions du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997

Le deuxième Protocole signé le 19 juin 1997 a été publié au Journal Officiel des Communautés Européennes au volume C 221 du 19 juillet 1997. Il est accompagné d'un rapport explicatif approuvé par le Conseil le 12 mars 1999 et publié au Journal Officiel des Communautés Européennes, Volume C 91, en date du 31 mars 1999. Ce rapport explicatif est censé faire partie intégrante du présent commentaire qui se borne à fournir un bref aperçu du contenu des différents articles et à donner certaines explications complémentaires au regard de ses implications pour la loi luxembourgeoise.

L'objet principal du Protocole est d'assurer que les Etats membres pourvoient à l'incrimination du blanchiment de capitaux issus des infractions primaires de fraude et de corruption préjudiciables aux intérêts financiers des Communautés Européennes, telles que définies par la Convention précitée du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et du Premier Protocole. Il vise, de même, à organiser la coopération entre les Etats membres et la Commission Européenne dans la répression de ces catégories d'infractions.

A la date du 20 octobre 2003, seuls l'Autriche, l'Italie et le Luxembourg n'ont pas encore approuvé et transposé le Deuxième Protocole.

Article 1er – Définitions

Cet article précise ce qu'il faut entendre, au sens des dispositions du Protocole, par les termes „convention“, „fraude“, „corruption passive“, „corruption active“, „personne morale“ et „blanchiment de capitaux“. A ces fins, il renvoie pour certains de ces termes aux dispositions de la Convention du 26 juillet 1995 et du Premier Protocole.

En ce qui concerne le contenu de l'expression „personne morale“, l'article 1er en écarte les organisations internationales publiques, les Etats ainsi que les entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique.

Afin de déterminer si une entité a le statut de personne morale, le Protocole renvoie au droit national applicable, c'est-à-dire, comme indiqué au rapport explicatif approuvé par le Conseil, au droit national de l'Etat qui prend des mesures contre cette entité, conformément au Deuxième Protocole.

Pour définir la notion de „blanchiment de capitaux“, le texte se réfère aux comportements définis à l'article 1er troisième tiret de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Il y a lieu de relever que cette directive a été modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux qui a notamment élargi le champ d'application de la directive au-delà de sa portée initiale limitée au blanchiment de capitaux issus des infractions liées au trafic de drogue seulement, pour viser désormais le blanchiment des produits issus de toute infraction grave, en ce compris expressément la corruption ainsi que la fraude aux intérêts financiers communautaires, y compris au moins la fraude grave telle que définie à l'article 1er, paragraphe 1er et à l'article 2 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers européens.

Le texte du troisième tiret de l'article 1er de la directive 91/308/CEE est repris au paragraphe 1) C) de l'article 1er de la directive 2001/97/CE. Le blanchiment de capitaux au sens du 2ème Protocole doit donc se voir définir par rapport aux comportements visés au paragraphe 1) C) de l'article 1er de la directive 2001/97/CE, dans la mesure où ils seront liés au produit de la fraude, du moins dans les cas graves, et de la corruption active et passive.

Article 2 – Blanchiment de capitaux

L'article en question érige l'obligation pour les Etats membres d'incriminer pénalement le blanchiment de capitaux.

Le législateur luxembourgeois, par une loi du 11 août 1998, a déjà procédé à une extension de l'infraction de blanchiment qui, au départ, n'était prévue que dans le cadre et le corps de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie et

ne visait que les produits issus du trafic de stupéfiants. Depuis la loi de 1998, une section spécifique relative au blanchiment a été insérée au chapitre 2 du titre IX du Livre II du code pénal (articles 506-1 et suivants).

Au titre des infractions primaires dont les produits peuvent faire l'objet d'une infraction de blanchiment, l'article 506-1 du code pénal inclut les infractions de corruption. Comme suite à l'adoption des nouvelles dispositions pénales en matière de corruption par la loi précitée du 15 janvier 2001, notre droit national satisfait aux exigences du Premier Protocole en matière d'incrimination des actes de corruption de fonctionnaires au détriment des intérêts financiers des Communautés Européennes. L'article 506-1 du code pénal suffit dès lors également aux exigences du Deuxième Protocole en matière d'incrimination des actes de corruption active et passive.

Par contre, les infractions de fraude visées au Deuxième Protocole qui englobent l'ensemble des comportements visés à l'article 1er de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, ne sont couvertes par l'article 506-1 actuel du code pénal au titre d'infractions primaires pour le blanchiment que dans la mesure où elles sont commises dans le cadre ou en relation avec une association ou une organisation criminelle telle que définie aux articles 322 à 324ter du code pénal. Il y a donc lieu de légiférer pour assurer le plein respect, par le Luxembourg, de ses obligations lui incombant en vertu de l'article 2 du Deuxième Protocole, et d'établir l'infraction de blanchiment également à l'encontre des infractions primaires de fraude aux intérêts financiers communautaires en dehors des cas où elles sont le fait d'une association ou organisation criminelle.

Dans le cadre du projet de loi 5165 relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, il est déjà proposé d'élargir la portée de l'article 506-1 en complétant la liste des infractions primaires dont l'objet ou le produit, direct ou indirect, est susceptible de faire l'objet d'une infraction de blanchiment, entre autres par l'ajout d'une référence aux dispositions actuelles du code pénal sanctionnant la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes et la corruption.

Ainsi notamment, le projet de loi en question vise à inclure, au paragraphe 1er de cette disposition un renvoi aux articles 491 et 496 à 496-1 du code pénal relatifs à l'abus de confiance et à l'escroquerie, y compris également la fraude aux budgets nationaux et communautaires et aux articles 240 et 243 à 252 du code pénal relatifs au détournement, à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, au trafic d'influence, aux actes d'intimidation contre les personnes exerçant une fonction publique ainsi qu'à la corruption dans le secteur public. L'article 4 du présent projet de loi tient compte du texte proposé par le projet de loi 5165, tout en proposant d'ajouter à l'article 506-1 paragraphe 1) du code pénal un renvoi aux articles 310 et 310-1 nouveaux du code pénal destinés à sanctionner les faits de corruption dans le secteur privé.

Il y a lieu de noter que l'article 506-3 du code pénal précise que les infractions (de blanchiment) prévues à l'article 506-1 sont également punissables lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger. Toutefois, à l'exception des infractions pour lesquelles la loi permet la poursuite même si elles ne sont pas punissables dans l'Etat où elles ont été commises, cette infraction doit être punissable dans l'Etat où elle a été commise.

Le respect du principe de double punissabilité de l'infraction de base posé par l'article 506-3 ne devrait pas poser de problème dans le cadre de son application par rapport au présent Protocole, tous les Etats Parties étant liés par la même obligation d'incrimination des infractions de base.

Article 3 – Responsabilité des personnes morales

L'article 3 impose aux Etats membres l'obligation de s'assurer que les personnes morales puissent être tenues comme responsables de faits de fraude, de corruption active et de blanchiment tels que définis à l'article 1er.

Le Deuxième Protocole va ainsi plus loin que la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, le Premier Protocole ainsi que la Convention signée le 26 mai 1997, examinée au chapitre B. ci-dessus, qui se limitent à consacrer un principe de responsabilité pénale des chefs d'entreprise.

Pour que la responsabilité de la personne morale soit engagée, il faut que le fait en question ait été accompli pour le compte de la personne morale et par une personne qui exerce un pouvoir de direction sur la personne morale, individuellement ou comme membre d'un de ses organes.

Le pouvoir de direction visé dans cette disposition se concrétise soit par un pouvoir de représentation de la personne morale, soit par une autorité pour décider en son nom, soit par une autorité de contrôle sur la personne morale qui est telle qu'elle implique un pouvoir de direction sur celle-ci. Donc cette disposition ne vise en principe pas les audits, commissaires aux comptes ou encore les réviseurs d'entreprises.

La personne morale doit aussi pouvoir être tenue pour responsable si la personne qui exerce le pouvoir de direction susvisé n'est impliquée dans une fraude, une corruption active ou un acte de blanchiment commis pour compte de la personne morale, qu'au titre de complice ou d'instigateur ou si l'infraction de fraude n'est restée qu'au stade de la tentative.

Le paragraphe 2 de l'article 3 étend la responsabilité de la personne morale aux hypothèses où un défaut de surveillance ou de contrôle d'une personne qui a le pouvoir de direction visé au paragraphe 1er, a rendu possible la commission des infractions en question par une autre personne qui est soumise à son autorité. Il faut cependant toujours que l'infraction ait été commise pour le compte de la personne morale.

Le troisième paragraphe précise que la responsabilité de la personne morale ne porte pas atteinte à la responsabilité pénale des personnes physiques impliquées dans l'infraction.

Le Gouvernement propose, dans un projet de loi distinct du présent projet, d'établir un principe général de responsabilité pénale des personnes morales qui devrait permettre de satisfaire aux exigences des articles 3 et 4 du présent Protocole de même qu'aux exigences des articles 18 et 19 de la Convention pénale sur la corruption conclue au sein du Conseil de l'Europe.

Article 4 – Sanctions à l'encontre des personnes morales

Les sanctions que l'article 4 oblige les Etats membres à prévoir contre des personnes morales reconnues responsables conformément à l'article 3, ne sont pas nécessairement d'ordre pénal.

Ces sanctions doivent cependant en toute hypothèse répondre aux critères d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion établis depuis de nombreuses années par la Cour de Justice communautaire et consacrés déjà par la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes et le Premier Protocole. En ce qui concerne les cas de figure visés au paragraphe 1er de l'article 3, les sanctions doivent inclure, dans tous les cas, des amendes qui peuvent être de nature pénale ou non. D'autres sanctions peuvent s'ajouter, au choix de chaque Etat membre.

L'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales autorise le tribunal commercial à prononcer la dissolution et à ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement. L'article 203-1 autorise dans les mêmes conditions la fermeture de tout établissement au Grand-Duché de Luxembourg d'une société étrangère.

Pour les sanctions autres que celles des articles 203 et 203-1 susvisés, il est renvoyé au projet de loi spécifique concernant la responsabilité pénale des personnes morales. Par ailleurs, il est évident que l'acte de corruption posé par une personne s'analyse en une faute génératrice de sa responsabilité civile et partant susceptible de donner lieu à une condamnation au paiement de dommages-intérêts en faveur de la personne lésée.

Article 5 – Confiscation

L'article 5 prévoit la confiscation des instruments et du produit de la fraude, de la corruption active et passive et du blanchiment, sans préjudice des droits de tiers qui sont de bonne foi. Le texte renvoie au droit national pour régler le sort des biens confisqués.

En droit luxembourgeois, la question de la confiscation est traitée aux articles 31 et suivants du code pénal. En vertu des articles 31 et 66 du code d'instruction criminelle, les biens qui sont susceptibles d'être confisqués peuvent également faire d'abord l'objet d'une saisie.

La législation luxembourgeoise actuelle paraît a priori conforme aux exigences de l'article 5 du Deuxième Protocole sauf en ce qui concerne la confiscation des instruments et du produit du blanchiment. Ainsi notamment, l'article 32-1 du code pénal ne prévoit pas la confiscation ou le retrait d'instruments du blanchiment. D'autre part, il n'est pas certain que le texte actuel autorise la confiscation du produit de l'infraction de blanchiment elle-même. Enfin, tant que l'article 506-1 du code pénal

qui détermine pour quelles infractions il peut y avoir lieu à blanchiment punissable ne couvre pas les infractions de fraude, les dispositions de l'article 32-1 ne s'appliquent pas aux instruments ni au produit du blanchiment du produit de fraude. Par ailleurs, le concept de la confiscation de la valeur n'existe pas encore comme tel dans notre droit. Cependant, d'ores et déjà, l'article 31 du code pénal autorise le juge à prononcer une amende inférieure ou égale à la valeur de la chose confisquée.

Il est renvoyé toutefois, d'une part, au projet de loi 5165 relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme mentionné ci-dessus, qui vise à étendre la portée de l'article 506-1 du code pénal pour y inclure un renvoi notamment aux articles du code pénal relatifs à la fraude et à la corruption dans le secteur public, ainsi que, d'autre part, au projet de loi 5019 sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du code pénal, du code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales qui propose notamment d'introduire à l'article 31 du code pénal le concept de la confiscation par équivalent et qui étend l'application des dispositions de l'article 31 aux confiscations en matière de blanchiment. Par effet de l'adoption future du texte des articles 31 et 32-1 du code pénal dans la version proposée au projet de loi 5019 et de l'extension de l'infraction du blanchiment à l'objet et au produit de la fraude aux intérêts financiers communautaires, la législation luxembourgeoise sera conforme aux exigences de l'article 5 du Deuxième Protocole.

Article 6 – Infractions en matière de taxes et de droits de douane

A l'instar de l'article 5 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes qui a écarté la possibilité pour un Etat membre de refuser une extradition en cas de fraude aux intérêts financiers communautaires pour le seul motif qu'il s'agit d'une infraction en matière de taxes ou de droits de douanes, l'article 6 du Deuxième Protocole écarte ce motif de refus pour l'entraide qu'un Etat membre pourrait solliciter d'un autre Etat membre lorsqu'il s'agit de faits de fraude, corruption ou blanchiment au sens du Deuxième Protocole.

Bien que l'article 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale précise que toute demande d'entraide est refusée si elle a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise, ce même article réserve cependant les dispositions prévues par des conventions, telle celle prévue à l'article 6 du présent Protocole. Notons que déjà l'Accord de Schengen prévoyait une disposition similaire, mais qui sera abrogée lors de la ratification du Protocole à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, établi le 16 octobre 2001 qui prévoit que l'entraide judiciaire ne peut être rejetée au seul motif que la demande se rapporte à une infraction que l'Etat membre requis qualifie d'infraction fiscale. Ce dernier instrument va donc plus loin que le Protocole sous examen.

Article 7 – Coopération avec la Commission des Communautés européennes

Les articles 7 à 11 relatifs à la coopération avec la Commission viennent compléter le dispositif de l'article 6 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes qui prévoit des règles générales pour la coopération entre les Etats membres dans la lutte contre la fraude. L'article 6 de la Convention s'applique d'ailleurs aussi dans le cadre du Deuxième Protocole, par effet de l'article 12 paragraphe 1er.

L'article 7 instaure un principe de collaboration entre les Etats membres et la Commission. Il consacre le concept d'un partenariat entre la Commission et les Etats membres au niveau de la lutte contre la fraude, la corruption ainsi que le blanchiment au sens du Deuxième Protocole et traduit ainsi la réalité du caractère souvent transfrontalier des infractions tombant sous son champ d'application, en particulier si l'on considère les infractions de fraude aux intérêts financiers communautaires ou de blanchiment de capitaux, généralement organisées à grande échelle par des réseaux criminels d'envergure internationale.

Le paragraphe 2 de l'article 7 autorise les Etats membres à échanger des informations avec la Commission pour la détection et la répression de ces infractions. La nature des informations à échanger n'est pas précisée. Il n'est cependant pas possible pour les Etats membres et pour la Commission d'enfreindre les principes de protection des données et du secret de l'instruction. Afin d'assurer le respect de ces principes, chaque Etat membre est autorisé à poser certaines conditions à l'utilisation par la Commission ou tout autre Etat membre des informations qu'il fournit.

La protection des données personnelles est par ailleurs garantie par les dispositions subséquentes du Deuxième Protocole.

Au moment de l'adoption du Deuxième Protocole par le Conseil, la Commission a expressément déclaré accepter les fonctions qui lui sont confiées à l'article 7.

Article 8 – Responsabilité de la Commission en matière de protection des données

L'article 8 établit le cadre légal que la Commission doit respecter pour garantir que le traitement des données personnelles contenues dans les informations échangées conformément à l'article 7 paragraphe 2 bénéficient d'un niveau de protection adéquat.

Il y a lieu de relever que le respect des normes de protection exigées est garanti au travers du règlement du 18 décembre 2000 du Parlement européen et du Conseil No 45/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données.

Article 9 – Publication des règles en matière de protection des données

Le règlement susvisé du 18 décembre 2000 a été publié au JO No L 8 du 12 janvier 2001.

Article 10 – Communication de données à d'autres Etats membres et à des pays tiers

Cet article autorise la Commission européenne qui a obtenu d'un Etat membre des données à caractère personnel à communiquer ces données à un autre Etat membre, sous réserve des conditions que le premier Etat a pu poser à l'utilisation des informations qu'il a transmises à la Commission en vertu de l'article 7 paragraphe 2.

La transmission de telles données par la Commission à un pays non membre de l'Union européenne peut se faire en principe dans les mêmes conditions, sauf pour la Commission d'obtenir l'accord préalable de l'Etat membre qui lui a fourni ces données.

Article 11 – Autorité de contrôle

L'autorité appelée à effectuer le contrôle indépendant visée à l'article 11 a été instituée par le Règlement précité du 18 décembre 2000 qui a institué le „contrôleur européen de la protection des données“.

Article 12 – Relation avec la Convention

L'article 12 étend l'application de certaines dispositions de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes aux comportements de blanchiment de capitaux au sens du Deuxième Protocole. Il en est ainsi de l'article 3 relatif à la responsabilité pénale des chefs d'entreprise, de l'article 5 qui règle les questions d'extradition et de poursuites ainsi que de l'article 6 relatif à la coopération entre les Etats membres aux procédures d'enquête, de poursuites ou d'exécution de sanctions.

Ces mêmes dispositions ont déjà été rendues applicables aux faits de corruption par effet du Premier Protocole.

Sous réserve de l'extension de l'incrimination au code pénal de l'infraction de blanchiment prévue à l'article 4 du présent projet, la législation luxembourgeoise est déjà conforme à ces exigences.

Par ailleurs, le texte prévoit que les articles 4, 7, 9 et 10 de la Convention du 26 juillet 1995 sont également applicables au Deuxième Protocole.

Ainsi, par effet de l'extension de l'article 4 relatif à la compétence, chaque Etat membre est tenu d'établir la compétence de ses juridictions nationales pour connaître des infractions de fraude, de corruption et de blanchiment au sens du Deuxième Protocole, dans les trois hypothèses suivantes:

- 1) Lorsque l'infraction, la participation à l'infraction ou la tentative de l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur le territoire de cet Etat, y compris lorsque le gain de la fraude a été obtenu sur le territoire de cet Etat.
- 2) Lorsqu'une personne se trouvant sur son territoire participe ou incite sciemment à la perpétration d'une telle infraction sur le territoire d'un autre Etat, que ce soit un Etat membre ou un Etat tiers.
- 3) Lorsque l'auteur de cette infraction est un ressortissant de l'Etat membre concerné, quel que soit le lieu de commission de l'infraction, sous réserve de la possibilité pour les Etats membres de faire application du principe de double incrimination.

Dans le cadre de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, les Etats membres avaient la possibilité de déclarer qu'ils n'appliqueront pas la règle de compétence énoncée sous 3) ci-dessus. L'article 12 du Deuxième Protocole étend à ce

Protocole l'effet de toute déclaration qui a pu être faite en ce sens par un Etat membre, sauf déclaration contraire par l'Etat concerné.

Le Luxembourg n'a pas fait de déclaration dans le cadre de l'article 4 paragraphe 2 de la Convention, la législation luxembourgeoise étant conforme aux exigences de cet article. Elle est aussi conforme, au travers des articles 5 et 7 du code d'instruction criminelle, combinés aux articles 66 et 67 du code pénal, par rapport à l'extension de l'article 4 de la Convention précitée au Deuxième Protocole.

L'application de l'article 7 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes concernant le principe *ne bis in idem* est également étendue au Deuxième Protocole. Sauf déclaration contraire, toute déclaration qu'un Etat membre a pu faire en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention vaut ipso facto dans le cadre de ce Protocole.

Le Luxembourg n'a pas non plus fait de déclaration au titre de l'article 7 susvisé.

Enfin, le Deuxième Protocole fait siennes les dispositions de l'article 9 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes qui autorise expressément les Etats membres à adopter des dispositions de droit national qui vont au-delà des obligations découlant de cet instrument, ainsi que l'article 10 qui oblige les Etats membres à communiquer à la Commission le texte des dispositions par lesquelles ils transposent les obligations découlant de cet instrument.

Article 13 – Cour de Justice

L'article 13 paragraphe 1er reprend le texte du paragraphe 1er de l'article 8 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes pour régler la question de la compétence et de la saisine de la Cour de Justice communautaire pour les litiges entre Etats membres relatifs au Deuxième Protocole.

Au second paragraphe de l'article 13, inspiré du second paragraphe de l'article 8 de la Convention précitée du 26 juillet 1995, le texte prévoit que les divergences entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission relatives à l'application des dispositions du Deuxième Protocole pour lesquelles la Commission dispose d'une compétence peuvent être soumises à la Cour de Justice si aucun règlement du litige n'a pu intervenir dans un délai de six mois de la notification dudit litige. Les dispositions concernées ici sont l'article 2 relatif à la définition du „blanchiment“ tel qu'il se trouve établi à l'article 1.e), ainsi que les articles 7, 8, 10 et 12 paragraphe 2, 4ème tiret, relatifs à la coopération des Etats membres avec la Commission, à la communication par ces Etats d'informations à la Commission, à l'usage que la Commission fait de ces informations, notamment lorsqu'il s'agit de données à caractère personnel.

Lors de l'adoption du 2ème Protocole, les Etats membres ont procédé à une déclaration conjointe pour s'assurer que la référence à l'article 7 du Protocole, qui figure à l'article 13 paragraphe 2, s'applique uniquement à la coopération entre la Commission, d'une part, et les Etats membres, d'autre part, et n'affecte pas la marge d'appréciation dont disposent les Etats membres pour ce qui est de fournir des informations au cours d'enquêtes criminelles.

L'article 13 paragraphe 3 étend au Deuxième Protocole l'application du Protocole concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés Européennes de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 29 novembre 1996.

Dans le cadre de l'approbation du Protocole précité du 29 novembre 1996, le Luxembourg a déclaré accepter la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes selon les modalités prévues à l'article 2, paragraphe 2, point b) dudit Protocole.

Le Luxembourg a donc accepté la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes et du Premier Protocole, et consenti à ce que toute juridiction luxembourgeoise, sans distinction de degré, ait la faculté de saisir la Cour de Justice communautaire pour qu'elle statue à titre préjudiciel sur une question d'interprétation de la Convention et du Premier Protocole.

La question se pose si le Luxembourg accepte d'étendre les effets de sa déclaration au Deuxième Protocole et conférer ainsi une compétence à la Cour de Justice des Communautés européennes pour connaître des questions préjudicielles dont elle pourrait être saisie par toute juridiction luxembourgeoise

et statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des dispositions de ce Protocole. Dans la négative, le Luxembourg devrait procéder à une déclaration expresse en sens contraire lors de la notification prévue à l'article 16 paragraphe 2.

Il n'existe pas, a priori, de raisons qui motiveraient le Luxembourg à refuser l'attribution d'une telle compétence à la Cour de Justice communautaire.

Il n'y a pas lieu non plus de s'écarter de la position large adoptée par le Luxembourg dans la détermination des juridictions nationales habilitées à présenter une question préjudicielle à la Cour de Justice communautaire. La déclaration faite pour l'application de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes pourra donc conserver sa valeur pour l'application du présent instrument.

Article 14 – Responsabilité non contractuelle

L'article 14 soumet la responsabilité non contractuelle de la Communauté, dans le cadre de ses activités relevant du présent Protocole, aux dispositions de l'article 215 deuxième alinéa du Traité instituant la Communauté européenne. Conformément à l'article 178 du même Traité, la réparation des dommages incombant à la Communauté relève de la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Article 15 – Contrôle juridictionnel

L'article 15 détermine la compétence de la juridiction communautaire pour connaître des recours individuels des personnes physiques ou morales contre toute décision de la Commission qui les concerne directement, pour détournement de pouvoir ou lorsque cette décision a violé les règles de protection établies conformément à l'article 8.

Article 16 – Entrée en vigueur

Le Protocole est soumis à l'adoption des Etats membres de l'Union européenne. Il n'entrera en vigueur que quatre-vingt-dix jours après la notification faite par le dernier Etat de l'accomplissement de la procédure d'adoption, mais au plus tôt au moment de l'entrée en vigueur de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes. Cette Convention est déjà entrée en vigueur à la date du 17 octobre 2002.

La condition suspensive de l'article 7 paragraphe 2 n'est plus remplie depuis la publication du règlement en question du 18 décembre 2000.

Article 17 – Adhésion de nouveaux Etats

Cette disposition règle la question de l'adhésion de nouveaux Etats membres de l'Union européenne au Deuxième Protocole.

Article 18 – Réserves

Les Etats peuvent formuler une réserve afin de restreindre l'incrimination du blanchiment du produit de la corruption active et passive aux cas graves. Cette réserve n'est cependant que temporaire et ne peut être maintenue par l'Etat qui y procède que pour une durée maximale de dix ans.

La législation du Luxembourg prévoit une incrimination générale du blanchiment du produit de la corruption. Il n'y a donc pas lieu de faire une déclaration de réserve à ce sujet.

Tout comme le Luxembourg, l'Autriche ne connaît pas de système de responsabilité pénale des personnes morales. Le texte prévoit une possibilité de réserve en faveur de l'Autriche qui lui permet de déclarer qu'elle ne sera pas liée par les articles 3 et 4 du Deuxième Protocole qui traitent de cette responsabilité. Le Luxembourg avait renoncé à demander la même faveur alors que le Gouvernement est résolu à adopter une législation générale établissant le principe de la responsabilité pénale des personnes morales.

De toutes manières, la réserve de l'Autriche est devenue caduque après le 19 juin 2002.

Sans préjudice de ce qui est prévu à l'article 12.2. pour l'application des articles 4 et 7, aucune autre réserve n'est admise.

Article 19 – Dépositaire

Cette disposition ne nécessite pas de commentaires.

D. Commentaire des dispositions de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999

Le Luxembourg a signé, le 27 janvier 1999, ensemble avec vingt autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la Convention pénale sur la corruption. Cette Convention est entrée en vigueur le 1er juillet 2002, après ratification par 14 Etats. Actuellement, la Convention a déjà été ratifiée par les Etats membres de l'Union européenne suivants: Danemark, Finlande, Irlande, Pays-Bas et Portugal.

La Convention est accompagnée d'un rapport explicatif qui, quoique ne constituant pas un instrument d'interprétation authentique, en facilite néanmoins la compréhension et, à ce titre, est censé faire partie intégrante du présent commentaire.

La Convention a pour objectif d'aboutir à un alignement des législations nationales des Etats Parties par une incrimination coordonnée d'un large éventail de faits et comportements de corruption, et d'améliorer la coopération internationale dans le domaine de la lutte contre la corruption.

La Convention est également ouverte à la signature et ratification des Etats qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe.

La Convention dispose d'un champ d'application très ambitieux pour la lutte contre la corruption dans son ensemble, ce qui la distingue des autres instruments internationaux déjà conclus en la matière, notamment la Convention de l'Union européenne du 26 mai 1997 examinée plus haut au chapitre B. et qui ne vise que la corruption impliquant des fonctionnaires des Etats membres et des fonctionnaires communautaires, ou encore la Convention conclue au sein de l'OCDE du 21 novembre 1997 qui se limite à la lutte contre la corruption active d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

La Convention pénale sur la corruption couvre les formes suivantes de la corruption et de comportements couramment considérés comme étroitement liés à la corruption:

- la corruption active et passive d'agents publics nationaux, étrangers et internationaux,
- la corruption active et passive de membres des parlements et assemblées nationaux, internationaux et supranationaux,
- la corruption active et passive de juges nationaux, étrangers et internationaux,
- la corruption active et passive dans le secteur privé,
- le trafic d'influence,
- le blanchiment du produit de la corruption,
- les infractions comptables liées à la commission des infractions de corruption.

La Convention contient également un chapitre visant à promouvoir la coopération internationale (entraide, extradition et information) dans le domaine des procédures d'investigation et de poursuites relatives à des infractions de corruption.

L'approbation de la Convention pénale sur la corruption nécessite en partie les mêmes adaptations de notre droit national que celles impliquées par la transposition de la Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, dont il est fait état plus haut.

Il y a lieu de noter que la Convention charge le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) mentionné à l'introduction générale du présent projet de loi, d'assurer le suivi de sa mise en oeuvre.

Article 1 – Terminologie

L'article 1er donne les définitions de certains termes utilisés dans le texte de la Convention.

Article 2 – Corruption active d'agents publics nationaux

L'article 2 oblige les Etats Parties à incriminer dans leur droit pénal national la corruption active d'agents publics nationaux.

Les articles 247 et 250 du code pénal sont conformes aux exigences de cette disposition.

Article 3 – Corruption passive d'agents publics nationaux

Cet article oblige les Etats Parties à incriminer dans leur droit pénal national la corruption passive d'agents publics nationaux.

Cette exigence est rencontrée par les articles 246 et 250 du code pénal. En effet, la notion de personnes dépositaires de l'autorité publique employée à l'article 246 a un caractère général et est de nature à pouvoir inclure les représentants de l'Etat et des communes au sens large, couvrant à la fois les ministres, bourgmestres et échevins, les fonctionnaires, les officiers publics tels les notaires et huissiers de Justice ainsi que toutes les autres personnes qui exercent des fonctions d'autorité publique comme par exemple les présidents et assesseurs des bureaux de vote.

Article 4 – Corruption de membres d'assemblées publiques nationales

Cette disposition vise la corruption de membres d'assemblées publiques nationales exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs. Elle se retrouve également aux articles 246 et 247 précités qui parlent cependant de personne investie d'un mandat électif public. Les personnes ainsi visées sont principalement les députés et les conseillers municipaux. Les termes utilisés devraient cependant aussi permettre de couvrir les présidents et membres élus des chambres professionnelles.

Article 5 – Corruption d'agents publics étrangers

L'article 5 impose aux Etats Parties l'obligation d'incriminer les faits de corruption active et passive également lorsque ceux-ci impliquent un agent public étranger quel qu'il soit, même s'il s'agit d'un agent public d'un Etat qui n'est pas Partie à la Convention ou qui n'est pas même membre du Conseil de l'Europe. En procédant ainsi, la Convention va au-delà des dispositions de la Convention de l'Union européenne du 26 mai 1997 et de la Convention précitée de l'OCDE du 21 novembre 1997.

L'article 252 de notre code pénal étend les dispositions des articles 247 à 251 du même code à toutes les personnes dépositaires de l'autorité publique, investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat. Notre droit est dès lors conforme par rapport à l'article 5.

Article 6 – Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères

Dans un esprit identique à celui de l'article précédent, la Convention vise à voir incriminer par tout Etat Partie les comportements de corruption active ou passive à l'égard d'une personne qui est un membre d'une assemblée publique d'un autre Etat.

Notre droit pénal est également conforme à cette disposition (article 252 du code pénal).

Article 7 – Corruption active dans le secteur privé

L'article 7 implique l'obligation pour les Parties d'ériger en infraction pénale les faits de corruption active intentionnelle à l'encontre d'un dirigeant ou travailleur d'une entité du secteur privé.

Le champ de la corruption privée est toutefois limité au domaine de l'activité commerciale, à l'exclusion des activités à but non lucratif, p.ex. d'associations ou de certaines organisations, l'idée à la base étant de limiter l'obligation d'incrimination incombant aux Parties au domaine du secteur privé le plus susceptible d'être affecté par le phénomène de la corruption, alors que l'incrimination de la corruption dans le secteur privé a, pour beaucoup d'Etats, un caractère innovateur.

Toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur visé est susceptible d'être visée par l'incrimination de la corruption dans le secteur privé. L'entité du secteur privé peut être constituée d'une simple personne physique ou couvrir toutes sortes d'entreprises de droit privé.

Il y a lieu de remarquer qu'à la différence des dispositions visant l'incrimination de la corruption dans le secteur public, la présente disposition exige, au titre d'élément constitutif de l'infraction, que le comportement sollicité de la personne corrompue doit se poser en violation de ses devoirs. Le rapport explicatif précise que la violation de devoirs ne vise pas seulement la violation d'une norme contractuelle mais, d'une manière plus générale, un acte déloyal, posé en secret à l'insu de l'employeur ou du mandant.

L'obligation pour le Luxembourg d'incriminer les faits de corruption dans le secteur privé découle également de la Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

L'article 310-1 nouveau que l'article 3 du présent projet de loi, propose de voir introduire au code pénal devrait pouvoir rencontrer à la fois les exigences de la présente Convention que de la Décision-cadre. Le texte ainsi proposé dépasse le domaine des actions commerciales auquel se limite la portée de l'article 7 de la Convention pénale sur la corruption.

Article 8 – Corruption passive dans le secteur privé

Cette disposition est le pendant de l'article 7 et vise la personne du secteur privé qui se laisse corrompre.

Il y a lieu de se reporter également à l'article 3 du présent projet qui propose l'insertion au code pénal d'un article 310 qui transpose l'article 8 de cette Convention.

Article 9 – Corruption de fonctionnaires internationaux

Ce texte vise à la fois la corruption active et passive de fonctionnaires ou agents contractuels des organisations publiques internationales ou supranationales dont la Partie est membre que celle qui implique toute autre personne, détachée ou non auprès d'une telle organisation, qui exerce des fonctions correspondant à celles de tels fonctionnaires ou agents.

L'article 252 du code pénal a étendu l'incrimination de la corruption de manière générale aux fonctionnaires ou agents d'une organisation internationale publique. Comme il n'est pas évident que le texte actuel de cet article soit de nature à couvrir également les personnes, qui, sans avoir le statut de fonctionnaires ou agents de l'organisation considérée, exercent néanmoins des fonctions correspondantes à celles de tels fonctionnaires ou agents, il est proposé, à l'article 2 du présent projet de loi, d'étendre la portée de l'article 252 du code pénal afin de transposer entièrement les exigences de l'article 9.

Article 10 – Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales

Si la corruption de membres du Parlement européen est punissable au Luxembourg par effet de l'article 252 du code pénal, l'article 10 de la Convention prévoit une obligation à charge de chaque Partie de procéder à l'incrimination de la corruption active et passive de membres de toute assemblée parlementaire d'une organisation internationale ou supranationale dont cette Partie est membre.

Afin de couvrir également les membres d'autres assemblées parlementaires d'organisations internationales, telle l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou celle des Nations Unies, il est proposé, conformément à l'article 2 du présent projet de loi, de compléter l'article 252 du code pénal également en ce sens.

Article 11 – Corruption de juges et d'agents de cours internationales

L'article 11 prévoit que les Parties doivent incriminer les actes de corruption qui impliquent toute personne exerçant des fonctions judiciaires au sein d'une cour internationale dont la compétence est acceptée par la Partie ou tout fonctionnaire affecté au greffe d'une telle cour.

L'article 250 du code pénal punit la corruption active et passive de magistrats ou de toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle. L'article 252 étend cette disposition non seulement à l'hypothèse particulière des fonctionnaires et membres des Institutions européennes, mais aussi, de manière générale à tous les fonctionnaires ou agents d'une organisation internationale. Il n'est cependant pas certain que cette disposition soit de nature à couvrir ipso facto les membres des juridictions internationales. Ce n'est que pour les membres de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes que l'article 252 du code pénal établit avec certitude l'applicabilité des dispositions pénales nationales sanctionnant la corruption.

Aussi, l'article 2 du présent projet de loi propose-t-il de modifier l'article 252 du code pénal afin de viser de manière explicite les personnes qui exercent des fonctions judiciaires au sein d'une juridiction internationale dont la compétence est acceptée par le Luxembourg ainsi que les personnes affectées au greffe d'une telle juridiction.

Article 12 – Trafic d'influence

L'article 12 tend à voir incriminer par toutes les Parties le trafic d'influence dans ses aspects actifs et passifs.

Les paragraphes 2° des articles 246 et 247 du code pénal punissent le trafic d'influence actif et passif qui implique une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. L'article 248 punit le trafic d'influence de particuliers.

La législation luxembourgeoise répond dès lors aux conditions de l'article 12.

Article 13 – Blanchiment du produit des délits de la corruption

L'article 13 qui fait référence à la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 en matière de blanchiment que le Luxembourg a approuvée par loi du 14 juin 2001, demande aux Etats membres d'étendre l'incrimination des actes de blanchiment visés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la Convention en question aux cas où l'infraction primaire est constituée par l'un des comportements visés aux articles 2 à 12 de la présente Convention.

La Convention ménage cependant une possibilité pour un Etat membre d'échapper à l'obligation d'incrimination prévue à l'article 13 non seulement dans la mesure où il aura fait une déclaration ou réserve à l'encontre d'une des infractions primaires visées aux articles 2 à 12, mais également dans la mesure où il ne considérerait pas ces infractions comme des infractions graves au regard de la législation relative au blanchiment d'argent.

Au Luxembourg, l'article 506-1 du code pénal constitue l'infraction de corruption en une infraction primaire de l'infraction de blanchiment. Dans la mesure où les dispositions du code pénal portant incrimination des faits de corruption, y compris le trafic d'influence, seront complétées conformément aux propositions avancées par le présent projet de loi, l'article 13 sera transposé sans limitation.

Article 14 – Infractions comptables

Les infractions comptables que l'article 14 vise à voir ériger en infractions passibles de sanctions pénales ou de sanctions non pénales sont de deux ordres:

- l'établissement ou l'utilisation d'une facture ou d'un document ou écriture comptable qui contient des informations fausses ou incomplètes;
- l'omission de manière illicite de comptabiliser un versement.

Comme il est exposé au rapport explicatif qui accompagne la Convention, la disposition de l'article 14 ne vise pas à établir des infractions comptables spécifiques liées à la corruption et n'exige pas qu'une branche particulière du droit (fiscale, administrative ou pénale) traite de cette question, mais que l'obligation découlant de cet article d'ériger certains actes en infractions doit être mise en oeuvre dans le cadre des lois et réglementations concernant la tenue des livres et registres, les déclarations financières et les exercices de comptabilité et de contrôle financier.

Les comportements visés à l'article 14 doivent avoir pour finalité de commettre, dissimuler ou déguiser des infractions visées aux articles 2 à 12 de la Convention et le rapport explicatif précise qu'ils peuvent aussi être qualifiés d'actes préparatoires. Considérés comme tels, ces comportements devraient pouvoir être sanctionnés par le biais de l'article 51 du code pénal qui prévoit qu'il y a tentative punissable, lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs, qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur.

Ces faits qui peuvent être commis soit par la personne directement impliquée dans l'infraction de corruption soit par une autre personne, désireuse de dissimuler l'infraction de corruption, peuvent aussi, suivant le cas, être sanctionnés sur la base d'autres textes, notamment par le biais des dispositions du code pénal relatives au blanchiment, ou par celles relatives aux faux en écritures authentiques et publiques, en écritures de commerce ou de banque et en écritures privées et à l'usage de tels faux, ou par le biais de l'article 169 de la loi sur les sociétés commerciales ou encore sur base des dispositions du code de commerce et du code pénal relatives à la banqueroute.

Il ne paraît donc pas nécessaire de légiférer dans le cadre de l'article 14 de la Convention.

Article 15 – Actes de participation

Cet article exige l'incrimination par les Parties des actes de complicité aux infractions visées par la Convention.

En vertu de l'article 69 du code pénal, les complices d'un crime seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient les auteurs de ce crime et les complices d'un délit sont passibles d'une peine qui n'excédera pas les deux tiers de celle qui leur serait appliquée s'ils étaient les auteurs du délit.

Article 16 – Immunité

Cette disposition ne donne pas lieu à des observations autres que celles figurant dans le rapport explicatif établi au sein du Conseil de l'Europe.

Article 17 – Compétence

Les faits et comportements visés aux articles 2 à 14 de la Convention sont qualifiés de crimes, respectivement de délits en droit luxembourgeois.

En vertu de l'article 3 du code pénal, l'infraction commise sur le territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois luxembourgeoises. L'article 4 du même code indique que l'infraction commise hors du territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, n'est punie, dans le Grand-Duché, que dans les cas déterminés par la loi.

Suivant l'article 5 du code d'instruction criminelle, tout Luxembourgeois qui hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi luxembourgeoise peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché. S'il s'est rendu coupable, hors du territoire du Grand-Duché, d'un fait qualifié délit par la loi luxembourgeoise, il peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché de Luxembourg si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

De même, l'étranger coauteur ou complice d'un crime commis hors du territoire du Grand-Duché par un Luxembourgeois pourra être poursuivi au Grand-Duché, conjointement avec le Luxembourgeois inculqué ou après la condamnation de celui-ci.

Les faits visés aux articles 2 à 11 et 14 de la Convention sont constitutifs de crimes en droit luxembourgeois.

Toute personne de nationalité luxembourgeoise qui se sera rendue coupable d'une telle infraction à l'étranger pourra donc être poursuivie et jugée au Luxembourg, ensemble avec les coauteurs et complices non luxembourgeois.

Les faits visés aux articles 12 et 13, à savoir le trafic d'influence et le blanchiment, ne sont punis que de peines correctionnelles et constituent donc des délits. Lorsqu'ils sont commis entièrement sur territoire étranger par une personne de nationalité luxembourgeoise, ces faits ne pourront relever de la compétence des tribunaux luxembourgeois qu'à la condition qu'ils soient également punissables au regard de la législation de l'Etat du lieu de leur perpétration et que, si l'infraction est commise contre un particulier, qu'il y ait eu plainte de la victime ou dénonciation officielle à l'autorité luxembourgeoise par l'autorité de l'Etat où le délit a été commis.

La compétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître des infractions visées aux articles 2 à 14 de la Convention est toujours donnée lorsque les faits incriminés ont eu lieu, en tout ou partie, sur le territoire luxembourgeois. L'application de la règle de l'article 17.1. a. de la Convention peut donc être garantie par le Grand-Duché.

Dans les cas visés à l'article 17.1.b. il y a lieu de relever que, dans l'hypothèse d'une personne qui n'a pas la nationalité luxembourgeoise mais occuperait une fonction qui lui vaudrait d'être qualifié comme un agent public ou un membre d'une assemblée publique luxembourgeoise et qui serait impliquée dans une des infractions visées par la Convention qui aurait été commise à l'étranger, les tribunaux luxembourgeois n'auront pas nécessairement compétence pour poursuivre l'auteur de l'infraction conformément à l'article 5 du code d'instruction criminelle.

Il en est de même pour les cas visés à l'article 17.1.c. Les poursuites ne pourront être engagées au Grand-Duché dans ces conditions que si les infractions ont été commises en tout ou partie sur le territoire luxembourgeois.

Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Convention autorise toute Partie à déclarer qu'il n'appliquera pas ou seulement dans des conditions déterminées, les règles de compétence prévues au paragraphe 1er points b et c du même article. Dans la même logique que celle qui a motivé le Luxembourg à faire une déclaration, dans le cadre de l'approbation, par loi du 30 mars 2001, du Premier Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, soumettant l'application de certaines règles de compétence à la condition que l'auteur de l'infraction ait la nationalité luxembourgeoise, et dans un souci d'éviter la multiplication de règles de compétences particulières en fonction du type d'infractions considéré, il est proposé de faire une déclaration dans le cadre de l'approbation de la présente Convention pour écarter l'application, par le Luxembourg, des règles de compétence prévues aux points b. et c. du paragraphe 1er de l'article 17 en dehors des cas couverts par le point a., sauf les cas où l'auteur de l'infraction est de nationalité luxembourgeoise.

Il y a lieu de souligner qu'en vertu de l'article 38 de la Convention, la déclaration que le Luxembourg sera amené à faire devra être renouvelée tous les trois ans, faute de quoi elle deviendrait caduque. Dans

le même délai, la justification du maintien de la déclaration devra être adressée au GRECO, chargé du suivi de la mise en oeuvre de la Convention.

La Convention exige des Etats membres qui font valoir une réserve conformément au paragraphe 2, qu'ils assurent le respect du principe „aut dedere, aut judicare“.

En vertu de l'article 7 de la loi du 20 juin 2001 sur l'extradition, celle-ci n'est pas accordée si la personne réclamée est un ressortissant luxembourgeois. Dans la mesure où le Luxembourg appliquera les règles de compétence prévues au paragraphe 1er de l'article 17 de la Convention pénale sur la corruption dans tous les cas où l'auteur de l'infraction a la nationalité luxembourgeoise, ses tribunaux seront donc compétents pour juger le ressortissant luxembourgeois en raison de l'infraction pour laquelle son extradition vers l'étranger aura été refusée en raison de sa nationalité.

Toujours en vertu de l'article 7 de la loi précitée du 20 juin 2001, l'extradition peut également être refusée si la personne réclamée est un étranger qui réside durablement au Luxembourg et si elle est considérée comme inopportune en raison de son intégration ou des liens qu'il a établis au Luxembourg pour autant toutefois qu'il puisse être poursuivi au Luxembourg pour le fait pour lequel l'extradition est demandée. La loi évoque donc aussi le principe „aut dedere, aut judicare“, de sorte qu'aucun obstacle ne devrait se poser quant au respect de ce principe par le Luxembourg dans le cadre de l'application qu'il réservera à l'article 17 de la Convention.

Le paragraphe 4 de l'article 17 réserve toutes autres compétences pénales établies en droit national des Parties.

Article 18 – Responsabilité des personnes morales

Cette disposition de la Convention est directement inspirée de l'article 3 du Deuxième Protocole.

Etant donné que l'introduction, en droit luxembourgeois, d'un principe général de responsabilité pénale des personnes morales fera l'objet d'un projet de loi à part, cette disposition de la Convention n'est pas autrement traitée dans le présent projet de loi.

Article 19 – Sanctions et mesures

L'article 19 fixe les critères généraux auxquels doivent répondre les sanctions et mesures que les Parties prévoient, tant à l'égard des personnes physiques que des personnes morales qui ont été reconnues coupables d'une infraction de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment au sens de la Convention. En outre, le paragraphe 3 de l'article 19 oblige les Parties à établir des mesures permettant de confisquer des instruments et des produits de ces infractions ou encore de confisquer l'équivalent de ces produits.

La loi du 20 juin 2001 prévoit que donnent lieu à extradition les faits punis par la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat requérant d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. Les peines élevées par lesquelles le droit luxembourgeois sanctionne les infractions visées par la Convention répondent toutes, dès lors, aux conditions du paragraphe 1er de l'article sous examen.

L'article 32 du code pénal dispose que la confiscation est toujours prononcée pour crime et qu'elle peut l'être pour délit.

L'article 31 actuel du code pénal prévoit une confiscation spéciale qui s'applique à l'objet de l'infraction, aux instruments de l'infraction quand la propriété en appartient au condamné et aux produits de l'infraction, y compris les biens qui se sont substitués à ces produits. Le même article oblige le juge à prononcer, pour le cas où la confiscation ne pourrait pas être exécutée, une peine d'amende qui ne dépasse pas la valeur de la chose à confisquer.

Une disposition spécifique pour la confiscation spéciale en matière d'infractions de blanchiment est prévue à l'article 32-1 du code pénal qui n'inclut cependant pas la confiscation de l'instrument de l'infraction de blanchiment.

La confiscation par équivalent proprement dite n'est actuellement prévue que par l'article 32-1 précité, l'article 31 ne prévoyant qu'une peine d'amende substitutive à la confiscation si celle-ci ne peut être exécutée.

Le projet de loi No 5019 sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du code pénal, du code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales propose de modifier les articles 31 et 32 du code pénal. Dans la mesure où, si le texte proposé par le projet de loi était adopté, la

confiscation spéciale s'étendrait également aux instruments de l'infraction de blanchiment (quand la propriété en appartient au condamné) et que la confiscation par équivalent serait également généralisée pour les produits de l'infraction, notre législation serait conforme aux exigences de l'article 19 paragraphe 3.

Article 20 – Autorités spécialisées

Cet article ne nécessite pas d'autres explications que celles figurant au rapport explicatif qui accompagne la Convention.

Article 21 – Coopération entre autorités

L'article 23 du code d'instruction criminelle qui prévoit notamment que toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au procureur d'Etat et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs est strictement appliqué par les fonctionnaires.

Il y a lieu de noter que la coopération entre les agents du fisc et les autorités de poursuites, dont il est fait mention dans le rapport explicatif de la Convention, existe déjà actuellement au Luxembourg dans la mesure où l'agent du fisc transfère les dossiers au procureur d'Etat dès lors qu'il estime qu'une infraction pénale a été commise.

Article 22 – Protection des collaborateurs de justice et des témoins

Le projet de loi No 5156 renforçant les droits des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins prévoit que, sous certaines conditions, le juge d'instruction ainsi que la juridiction de jugement pourront admettre des témoins à déposer sous le couvert de l'anonymat total ou partiel. En outre, il offre certaines facilités aux témoins pour procéder à leurs dépositions. En particulier, il est prévu que, sous certaines conditions, l'audition de témoins à distance pourra être autorisée.

Il peut être considéré, notamment au regard de la situation géographique du pays qui rend illusoire le recours, au niveau national, à un programme de protection de témoins impliquant des changements de résidence ou d'identité de témoins, comme il peut en exister dans d'autres Etats, que ces dispositions futures offrent un arsenal adéquat de mesures protectrices des témoins, étant donné par ailleurs qu'en cas de besoin, une surveillance policière peut aussi être organisée autour d'un témoin.

Par ailleurs, généralement, les aveux et déclarations d'un coauteur, notamment lorsqu'elles contribuent à l'éclaircissement d'une affaire et à la conviction de délinquants jusqu'alors inconnus, sont admis en sa faveur par les juges et se trouvent pris en considération pour les peines, à titre de circonstances atténuantes.

Article 23 – Mesures visant à faciliter la collecte de preuves et la confiscation des produits

Concernant le paragraphe 1er de cet article, il y a lieu de relever que, dans la mesure où les peines d'emprisonnement comminées par les dispositions pénales qui sanctionnent les faits incriminés par la Convention se situent au-dessus des seuils minima prévus aux articles 67-1 et 88-1 du code d'instruction criminelle, il est possible de recourir au Luxembourg aux mesures de repérage et de surveillance des télécommunications.

Le besoin de légiférer pour d'autres mesures spéciales d'investigation ne se fait pas sentir, actuellement, au Luxembourg.

Concernant le paragraphe 2 de l'article 23, il est de règle générale que, pour les besoins d'une instruction de faits de nature pénale, et donc également en matière de corruption, la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux peut être effectuée au moyen d'une perquisition en n'importe quel lieu abritant lesdits documents.

Aux termes de l'article 31 (3) du code d'instruction criminelle, peuvent être saisis les objets, documents et effets qui ont servi à commettre le crime ou le délit, ou qui étaient destinés à le commettre, et ceux qui ont formé l'objet du crime ou du délit, de même que tout ce qui paraît avoir été le produit du crime, ainsi qu'en général tout ce qui paraît utile à la manifestation de la vérité ou dont l'utilisation serait de nature à nuire à la bonne marche de l'instruction et tout ce qui est susceptible de confiscation ou de restitution.

Suivant l'article 65 (1), les perquisitions sont effectuées par le juge d'instruction dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité. L'article 66 (1) autorise le juge d'instruction à opérer la saisie de tous les objets, documents et autres choses visés à l'article 31 (3).

L'application pratique de ces dispositions n'a pas donné lieu à des problèmes.

Le secret bancaire, variante du secret professionnel, qui incombe aux professionnels du secteur financier, résulte de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Suivant le paragraphe (2) de cet article, l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative.

Or, l'article 40 de cette même loi prévoit que les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier, leurs dirigeants et employés sont tenus de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légale que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leurs compétences.

Le secret bancaire se trouve donc formellement écarté pour les besoins d'une procédure pénale nationale ou dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire avec commission rogatoire.

Article 24 – Suivi

L'article 24 confie le suivi de la mise en oeuvre de la Convention au Groupe d'Etats contre la Corruption, le „GRECO“. Le GRECO opère notamment au travers de questionnaires et de visites tendant à contrôler la conformité de la législation et de la pratique des Etats membres aux exigences de la lutte contre la criminalité liée à la corruption.

Article 25 – Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

L'article 25 qui pose le principe de la coopération la plus large entre les Parties pour la recherche et la poursuite des infractions visées par la Convention, s'insère dans le chapitre IV de la Convention consacré à la coopération internationale. Le chapitre en question inclut des principes généraux et des dispositions particulières pour l'entraide judiciaire et l'extradition entre les Parties dans le cadre de la poursuite des infractions visées par la Convention ainsi que pour l'échange spontané d'informations utiles à la recherche et à la poursuite des faits incriminés. Ces principes et dispositions ont cependant un caractère subsidiaire en ne s'appliquant qu'en l'absence de dispositions plus favorables entre les Parties appelées à coopérer.

Il convient de relever que la législation luxembourgeoise contient des dispositions pour l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale qui s'appliquent dans les relations avec un autre Etat en l'absence de disposition divergente résultant d'un Traité que le Luxembourg aurait conclu avec cet Etat. Par ailleurs, des dispositions spécifiques pour l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale existent dans le cadre de la coopération du Luxembourg avec certains Etats, notamment les Etats membres de l'Union européenne.

Article 26 – Entraide

L'article en question traite de l'entraide judiciaire entre les différentes Parties à la Convention. L'entraide doit être accordée de la manière la plus large possible, à la demande des autorités compétentes de chaque Partie. L'Etat requis pourra toutefois refuser de faire droit à la demande s'il estime qu'elle porte atteinte à ses intérêts essentiels, tels qu'énoncés au paragraphe 2 du texte.

Par contre, le secret bancaire est expressément écarté comme cause de refus tout en laissant aux Etats Parties la faculté d'exiger que la demande de coopération impliquant la levée du secret bancaire soit autorisée par un juge ou une autre autorité judiciaire, agissant en matière pénale.

Concernant les arrangements les plus marquants que le Luxembourg a conclus avec d'autres Etats, il y a lieu de relever plus particulièrement la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et son Protocole additionnel du 17 mars 1978, la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne ainsi que le Protocole à la même Convention entre les Etats membres de l'Union européenne, établi par le Conseil de l'Union européenne en date du 16 octobre 2001.

Article 27 – Extradition

L'article en question tend à assurer que les infractions pénales visées par la présente Convention soient susceptibles de donner lieu à extradition par tous les Etats Parties.

Comme il a été exposé plus haut, ces infractions sont de nature à pouvoir donner lieu à extradition par le Luxembourg.

L'extradition est, en toutes hypothèses, soumise aux conditions du droit de la Partie requise ou des traités d'extradition qui pourraient être d'application. Toutefois, le principe „aut dedere, aut judicare“ s'impose en vertu du point 5 de l'article 27, lorsqu'une Partie refuse d'extraire une personne réclamée pour une infraction relevant du champ d'application de la Convention uniquement en raison de la nationalité de cette personne ou parce que les juridictions de cette Partie auraient compétence pour connaître de l'infraction en question.

Article 28 – Informations spontanées

L'article en question est calqué sur l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Il vise à donner une base légale à tout échange spontané d'informations factuelles entre Parties en vue de favoriser les investigations ou la poursuite d'infractions visées par la présente Convention.

Article 29 – Autorité centrale

Chaque Partie est tenue de désigner une ou plusieurs autorités centrales pour les échanges entre Parties fondés sur la coopération internationale prévue par la Convention.

Au Luxembourg, il est proposé de confier cette charge au Procureur Général d'Etat qui est également l'autorité centrale désignée dans le cadre de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. D'autres autorités peuvent avoir compétence pour certaines demandes, comme par exemple le Ministre de la Justice en matière d'extradition. Dans ce cas, le Procureur Général d'Etat devra assurer la transmission de la demande à ces autorités compétentes au niveau national.

La déclaration afférente fait l'objet de l'article 7 du présent projet de loi.

Article 30 – Correspondance directe

Cet article prévoit le principe de la communication directe entre autorités centrales.

Par ailleurs, en cas d'urgence, les autorités judiciaires, y compris le ministère public, peuvent s'adresser directement des demandes d'entraide ou des communications y relatives. Conformément au paragraphe 5, elles peuvent aussi être transmises directement entre autorités compétentes de l'Etat requérant et de l'Etat requis en dehors des cas d'urgence, à condition que la demande d'entraide n'implique pas le recours à des mesures coercitives. Une copie de la demande ou de la communication doit cependant être adressée simultanément à l'autorité centrale de la Partie requise par l'intermédiaire de la Partie requérante.

Le recours au canal de transmission via Interpol est autorisé par la Convention.

Il ne semble pas opportun, dans le cadre de la transposition de la Convention, de faire obstacle à une transmission directe entre autorités judiciaires compétentes. Le principe d'une telle transmission directe a déjà été consacré dans d'autres Conventions, notamment la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen, le 19 juin 1990 ou encore la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne.

Article 31 – Information

Le texte confère l'obligation à la Partie requise d'informer la Partie requérante de la suite donnée à sa demande de coopération et du résultat obtenu en exécution de cette demande et des obstacles éventuels à l'exécution des mesures sollicitées.

Article 32 – Signature et entrée en vigueur

Les dispositions finales contenues aux articles 32 à 42 de la Convention sont, pour la plupart, des dispositions usuelles dans les Conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe qui ne nécessitent aucun commentaire particulier.

Suivant l'article 32, la Convention est ouverte, dès avant son entrée en vigueur, à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et des Etats non membres qui ont participé à son élaboration. Après l'entrée en vigueur de la Convention, la Communauté européenne ou d'autres Etats non membres pourront également être invités à y adhérer.

14 ratifications étaient nécessaires pour que la Convention entre en vigueur. Ce nombre élevé s'explique par le souci de ne pas provoquer de déséquilibre du point de vue de la concurrence économique au détriment d'un nombre restreint d'Etats qui auraient été les seuls à avoir ratifié la Convention. Suite à l'accomplissement du nombre de ratifications exigé, la Convention est entrée en vigueur à la date du 1er juillet 2002.

Tout Etat signataire deviendra d'office, au moment de la ratification de la Convention, membre du GRECO, s'il ne l'est pas déjà.

Article 33 – Adhésion à la Convention

Cette disposition n'appelle pas de commentaires particuliers.

Article 34 – Application territoriale

Cette disposition n'appelle pas de commentaires particuliers.

Article 35 – Relations avec d'autres conventions et accords

La Convention ne porte pas atteinte aux droits et obligations découlant d'autres conventions concernant des questions qui font aussi l'objet de la présente convention. De même, des accords pourront encore être conclus à l'avenir entre Parties à la Convention pour compléter celle-ci ou en faciliter l'application.

Article 36 – Déclarations

Conformément aux dispositions de l'article 36, les Parties peuvent déclarer qu'ils n'érigeront en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics étrangers, de fonctionnaires internationaux, de juges et d'agents de cours internationales que dans la mesure où la personne en question accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels.

L'article 252 du code pénal étend les incriminations prévues aux articles 246 à 251 du même code aux personnes dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat, sans limitation par rapport aux dispositions des articles en question. La teneur très générale de l'article 252 du code pénal et des articles auxquels il se réfère permet de conclure qu'il n'est pas nécessaire pour le Luxembourg de faire une déclaration en application de l'article 36 de la Convention.

Article 37 – Réserves

Des réserves sont admises par la Convention, mais de manière limitative afin de préserver à la Convention son sens et son utilité.

En vertu du paragraphe 1., une Partie pourra déclarer qu'elle n'érigera pas en infractions pénales tout ou partie des actes visés aux articles 4 (corruption de membres d'assemblées publiques nationales), 6 à 8 (corruption de membres d'assemblées publiques étrangères, corruption active ou passive dans le secteur privé), 10 (corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales), 12 (trafic d'influence) ou les infractions de corruption passive d'agents publics étrangers visées à l'article 5.

Il n'y a pas lieu pour le Luxembourg de faire usage de l'une de ces possibilités de réserves.

Le paragraphe 2. se réfère à la réserve admise par l'article 17.2 concernant l'application de règles particulières de compétence.

Il est renvoyé à ce sujet à l'article 7 paragraphe 2. du présent projet de loi.

Le paragraphe 3. autorise un Etat à se réserver la possibilité de refuser une demande d'entraide judiciaire en vertu de l'article 26 paragraphe 1er, si la demande concerne une infraction considérée comme infraction politique par la Partie requise.

Il n'y a pas lieu de faire une telle déclaration pour le Luxembourg.

Article 38 – Validité et examen des déclarations et réserves

Afin d'obliger les Etats qui auront fait usage d'une possibilité de déclaration ou de réserve prévue aux articles qui précèdent, de réfléchir à l'utilité de maintenir leur position, l'article 38 fixe à trois ans la durée de validité de ces déclarations et réserves, quitte à permettre leur renouvellement pour des périodes triennales successives.

Toutefois, la Partie qui désire maintenir sa déclaration ou réserve après une période triennale doit fournir des justifications afférentes au GRECO, chargé de suivre la mise en oeuvre de la Convention par les Parties.

Article 39 – Amendements

Cette disposition prévoit une procédure particulière pour des amendements au texte de la Convention que des Parties pourraient vouloir proposer par la suite.

Article 40 – Règlement des différends

Il est prévu que le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), réuni au sein du Conseil de l'Europe, sera tenu au courant de l'interprétation et de l'application de la Convention. Le CDPC pourra même être chargé par les Parties concernées de trancher tout différend relevant qui pourrait s'élever entre elles concernant l'interprétation et l'application de la Convention. Mais les Parties pourront aussi convenir d'un autre mode de règlement, comme la soumission de leur différend à un tribunal arbitral ou à la Cour Internationale de Justice.

Article 41 – Dénonciation

Cette disposition n'appelle aucun commentaire.

Article 42 – Notifications

Cette disposition n'appelle aucun commentaire.

**E. Commentaire des dispositions du Protocole additionnel
à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg,
le 15 mai 2003**

Le Protocole a été signé par le Luxembourg lors de son ouverture à la signature à l'occasion de la 112e Session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, à Strasbourg, en date du 15 mai 2003.

Il est accompagné d'un rapport explicatif qui, sans être un instrument d'interprétation authentique du texte du Protocole, en facilite néanmoins la compréhension. Ce rapport est dès lors censé faire partie intégrante du présent commentaire.

Le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption a pour objet d'étendre le champ d'application de la Convention aux arbitres ainsi qu'aux jurés, institution qui existe dans certains Etats. Les Parties au Protocole seront obligées d'incriminer également dans leur droit pénal national la corruption active et passive d'arbitres et jurés nationaux et étrangers.

Article 1 – Terminologie

L'article premier donne la définition des termes „arbitre“, „accord d'arbitrage“ et „juré“, utilisés dans le texte du Protocole. Les trois définitions renvoient au droit national de l'Etat Partie, étant précisé cependant que, pour chacune des Parties, le terme „arbitre“ doit inclure au moins toute personne qui, en raison d'un accord d'arbitrage est chargée de rendre une décision contraignante sur le litige qui lui est soumis en vertu de cet accord, tandis que le terme „juré“ doit inclure une personne agissant en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé, dans le cadre d'un procès pénal, de se prononcer sur la question de la culpabilité d'un accusé.

La définition que le Protocole donne du terme „accord d'arbitrage“ est très large et dépasse le domaine traditionnel de l'arbitrage commercial pour viser tous types d'accords par lesquels des parties conviennent de soumettre un litige quelconque à la décision d'un arbitre, à condition toutefois que cet accord soit reconnu par le droit national de l'Etat, Partie au présent Protocole. Une Partie dont le droit national reconnaîtrait uniquement un certain type d'arbitrage, par exemple, l'arbitrage commercial, ne sera dès lors pas tenue d'ériger en infraction pénale la corruption dans le cadre d'autres types d'arbitrage.

En vertu du paragraphe 4 de l'article 1er, la définition d'arbitre ou de juré donnée dans le droit de l'Etat étranger ne doit être prise en compte par l'Etat poursuivant que dans la mesure où cette définition est compatible avec son propre droit.

La corruption active et passive d'arbitres et, de manière générale, de toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle, est incriminée à l'article 250 du code pénal. Toutefois, la question se pose de savoir si les arbitres exerçant sur la base du droit d'arbitrage d'un autre Etat, rentrent nécessairement dans l'une des catégories de personnes visées à l'article 252 du code pénal. L'institution des jurés, quant à elle, n'existe pas en droit luxembourgeois. Or, le Protocole oblige toute Partie, même celle qui ne connaît pas l'institution des jurés, à incriminer la corruption active et passive de jurés au moins lorsqu'il s'agit de jurés appelés à se prononcer dans le cadre d'un procès pénal sur la culpabilité d'un accusé. L'utilité d'une telle incrimination est liée au souci d'éviter que l'absence d'incrimination dans certains Etats ne puisse profiter aux protagonistes de la corruption en raison notamment des obstacles à l'entraide et aux poursuites liés au respect du principe de double incrimination.

Pour ces raisons, il est nécessaire de compléter l'article 252 du code pénal et d'y inclure expressément les arbitres exerçant sous l'empire du droit national sur l'arbitrage d'un autre Etat ainsi que les jurés chargés dans un autre Etat de se prononcer sur la culpabilité pénale d'une personne.

Article 2 – Corruption active d'arbitres nationaux

Le Protocole oblige les Parties à incriminer la corruption active d'arbitres nationaux, en utilisant un libellé similaire à celui de l'article 2 de la Convention pénale sur la corruption, examinée ci-dessus.

L'article 250 du code pénal qui punit de peines de réclusion de 10 à 15 ans et d'une amende sévère la corruption active et passive de tout arbitre nommé soit par une juridiction, soit par les parties (à un litige), satisfait à cette obligation.

Article 3 – Corruption passive d'arbitres nationaux

L'article 3 soumet les Parties, en des termes inspirés de l'article 3 de la Convention pénale sur la corruption, à l'obligation d'incriminer aussi la corruption passive d'arbitres nationaux.

Le paragraphe 1er de l'article 250 précité du code pénal est de nature à satisfaire à cette exigence.

Article 4 – Corruption d'arbitres étrangers

Cet article oblige les Parties à criminaliser également la corruption active et passive d'arbitres étrangers. Cette notion ne vise cependant pas les arbitres commis aux fins d'arbitrages internationaux dans le cadre des compétences d'une organisation internationale.

L'article 252 du code pénal étend les dispositions des articles 246 à 251 du code pénal aux infractions impliquant des personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publique, ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat.

La question se pose si l'arbitre étranger au sens de la Convention pourrait également être couvert par cette disposition. Il pourrait, certes, relever de l'une des catégories de personnes visées par cette disposition, les parties étant libre de leur choix en désignant un arbitre, mais il ne semble pas que par la seule mission qui lui est confiée et consistant à trancher un litige par une décision juridiquement contraignante, il puisse être considéré comme relevant d'une de ces catégories de personnes visées à l'article 252.

Afin d'assurer une transposition correcte par le Luxembourg de l'obligation découlant de l'article 4 du Protocole, il y aurait alors lieu de légiférer en étendant expressément la portée de l'article 252 aux arbitres soumis à la réglementation sur l'arbitrage d'un Etat étranger.

Article 5 – Corruption de jurés nationaux

L'article 250 du code pénal qui s'applique notamment à toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle, vise sans aucun doute les assesseurs intégrés au système judiciaire luxembourgeois. La formulation large de cette disposition pourrait aussi bien couvrir des personnes qui siègent au sein d'un jury, s'il n'était qu'au Luxembourg, une telle incrimination n'aurait pas d'utilité, puisque l'institution du jury y a été implicitement abrogée par Arrêté du Prince-Souverain, en date du 6 novembre 1814. Le Luxembourg n'a donc pas besoin d'une disposition pénale pour sanctionner la corruption de jurés nationaux.

Article 6 – Corruption de jurés étrangers

Nombre d'Etats connaissent encore le système du jury, ce qui justifie la nécessité pour le Protocole de criminaliser la corruption active et passive de jurés étrangers.

Tout comme pour les arbitres étrangers, il ne paraît pas certain que l'article 252 du code pénal puisse, dans sa rédaction actuelle, couvrir également le cas de membres de jurys institués à l'étranger qui y seraient impliqués dans une infraction de corruption active ou passive.

Afin d'écartier toute ambiguïté et satisfaire pleinement aux exigences de l'article 6, il est proposé, à l'article 2 du présent projet de loi, de compléter l'article 252 du code pénal afin de couvrir de manière expresse les jurés étrangers.

Article 7 – Suivi de la mise en oeuvre

A l'instar de ce qui est prévu pour la Convention pénale sur la corruption, la mise en oeuvre du Protocole fera l'objet d'un suivi par le GRECO.

Article 8 – Relations avec la convention

En vertu de l'article 8, les articles 2 à 6 du Protocole sont à considérer comme partie intégrante de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999. Ceci signifie que les dispositions de la Convention s'appliquent également par rapport à ces articles du Protocole. Le paragraphe 2 de l'article 8 précise que les dispositions de la Convention sont applicables dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions du présent Protocole.

Article 9 – Déclarations et réserves

La possibilité pour une Partie de faire des déclarations ou réserves à l'égard des dispositions du Protocole est limitée en ce sens que seules les déclarations ou réserves qu'elle a formulées sur la base des articles 36 et 37 de la Convention mère pourront être étendues aux dispositions du Protocole. Mise à part la réserve basée sur l'article 37 paragraphe 1. de la Convention limitant l'application des infractions de corruption passive visées à l'article 5 de la Convention qui nécessite une déclaration expresse de la Partie intéressée à l'étendre au Protocole, toute autre réserve qu'une Partie a pu faire sur base de cet article 37 sortira ses effets automatiquement à l'égard du Protocole additionnel, à moins que la Partie ne déclare en disposer autrement.

Article 10 – Signature et entrée en vigueur

Le Protocole est ouvert à la signature des Etats Parties à la Convention. Pour que l'instrument puisse entrer en vigueur, il est nécessaire qu'il soit ratifié, accepté ou approuvé par au moins 5 Parties et que, au préalable, la Convention mère soit entrée en vigueur.

Article 11 – Adhésion au Protocole

Tout Etat ainsi que la Communauté européenne qui aura adhéré à la Convention, aura aussi la possibilité d'adhérer au Protocole.

Article 12 – Application territoriale

Cette disposition ne donne pas lieu à des observations.

Article 13 – Dénonciation

Cette disposition ne donne pas lieu à des observations.

Article 14 – Notification

Cette disposition ne donne pas lieu à des observations.

F. Commentaire des articles du projet de loi

Article 1.

Ce texte prévoit l'adoption des quatre instruments proposés à la ratification par le Grand-Duché.

Article 2.

Les articles 4 et 6 du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003 obligent les Parties à criminaliser la corruption active et passive d'arbitres et de jurés étrangers. Bien que l'article 252 du code pénal vise également l'article 250 du code pénal, il n'est

pas évident que, dans sa rédaction actuelle, il puisse aussi s'appliquer aux jurés, arbitres et experts étrangers.

Le législateur a déjà, par la loi du 15 janvier 2001 précitée, étendu les dispositions du code pénal relatives aux infractions de corruption non seulement aux personnes dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, ou investies d'un mandat électif public et aux personnes chargées d'une mission de service public d'un autre Etat, mais également aux fonctionnaires communautaires et aux membres des différentes institutions des Communautés européennes ainsi que, d'une manière générale, aux fonctionnaires ou agents d'une organisation internationale. Les exigences de l'article 9 de la Convention pénale sur la corruption, établie au sein du Conseil de l'Europe sont ainsi remplies.

Par contre, la transposition des articles 10 et 11 de la même Convention oblige à pousser encore plus loin cette extension en couvrant de manière générale les membres d'assemblées parlementaires d'une organisation internationale ou supranationale dont le Luxembourg est membre ainsi que les juges et greffiers des Cours internationales dont l'autorité est reconnue par le Luxembourg.

Or, le Luxembourg est également membre d'autres institutions que celles des Communautés européennes pouvant comprendre une assemblée parlementaire, comme notamment le Conseil de l'Europe ou l'Organisation des Nations Unies ou encore l'Union économique Benelux au sein de laquelle se réunit le Parlement Benelux (CICB).

De même, le Luxembourg reconnaît l'autorité d'autres juridictions que les juridictions communautaires, par exemple la Cour de Justice Benelux, la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour internationale de Justice, la Cour pénale internationale et les Cours pénales ad hoc qui ont été instituées sur la base de Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

L'article 2 vise donc à combler les lacunes que l'article 252 du code pénal présente par rapport aux exigences des dispositions précitées de la Convention pénale sur la corruption. Ainsi, il propose d'insérer un alinéa 2 nouveau au paragraphe 1) de l'article 252 précité par effet duquel les dispositions des articles 246 à 251 du code pénal (et en particulier celle de l'article 250), sont étendues aux arbitres soumis à la réglementation sur l'arbitrage de tout autre Etat ou d'une organisation publique internationale ainsi qu'aux personnes qui siègent au sein d'une formation juridictionnelle, y compris les jurés étrangers définis comme membres non professionnels d'un organe collégial chargé de se prononcer de manière juridictionnelle au sein d'une juridiction étrangère. Par ailleurs, l'article 2 propose de compléter le dernier alinéa du paragraphe 1) de l'article 252 du code pénal par la mention des personnes membres d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale publique et des personnes qui exercent des fonctions judiciaires ou de greffe au sein d'une autre juridiction internationale reconnue par le Luxembourg.

Article 3.

L'insertion au code pénal des articles 310 et 310-1 nouveaux est proposée afin de satisfaire aux exigences des articles 2 à 4 de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, ainsi que des articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption, examinée ci-dessus sous D.

Comme objet de la corruption, la Décision-cadre en question vise tout acte qui se pose en violation des obligations du corrompu. Ces termes „en violation des obligations“ doivent être entendus conformément au droit national. Ils doivent cependant couvrir au moins tout comportement déloyal constituant la violation d'une obligation légale ou, selon le cas, la violation de règles ou de directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité professionnelle d'une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé.

Il est à noter que, conformément aux exigences de cette Décision-cadre précitée, les dispositions pénales proposées en matière de corruption dans le secteur privé s'appliquent en cas de corruption active ou passive commise au détriment de toute entité du secteur privé, qu'elle poursuit ou non un but lucratif.

Durant les travaux qui ont mené à l'adoption par le Conseil de l'Union européenne, de l'action commune précitée du 22 décembre 1998 relative à la corruption dans le secteur privé, abrogée par la suite par effet de la Décision-cadre 2003/568/JAI dont il est question ici, certaines délégations avaient insisté pour que seuls les avantages indus puissent être considérés au titre d'élément-moteur constitutif de la corruption. La référence à l'avantage indû est reprise dans la Décision-cadre. Comme il a été exposé au rapport explicatif accompagnant la Convention pénale sur la corruption du Conseil de

l'Europe, ce terme désigne quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ou à recevoir, par opposition aux avantages qui sont admis par la législation d'un Etat, ainsi que des présents de faible valeur ou socialement acceptables. A l'opposé, dans le domaine de la corruption dans le secteur public, le Premier Protocole ainsi que la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne visent tout avantage quelconque, sans restriction.

La possibilité, conférée à tout Etat membre à l'article 2 paragraphe 3 de la Décision-cadre, de limiter l'incrimination de la corruption dans le secteur privé aux seuls actes qui impliquent ou pourraient impliquer une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux, ne se retrouve pas comme telle aux articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption dont le champ d'application est toutefois limité au domaine de l'activité commerciale. Comme l'article 37 paragraphe 1er de cette Convention autorise les Etats Parties à ne pas ériger en infractions pénales, en tout ou partiellement, les comportements visés aux articles 7 et 8 de la Convention, il existe la possibilité pour ces Etats de limiter la portée de l'incrimination de la corruption dans le secteur privé dans le sens prévu par l'article 2 paragraphe 3 de la Décision-cadre 2003/568/JAI.

En matière de corruption dans le secteur public, le législateur luxembourgeois a entendu incriminer de la manière la plus large tout comportement pouvant mettre en cause la probité des protagonistes de ce secteur.

La question se pose si, pour le secteur privé, il est opportun de se départir de cette approche très large et de faire usage des possibilités qui s'offrent de restreindre l'incrimination de la corruption dans le secteur privé en s'appuyant sur le critère de la distorsion de concurrence dans le domaine commercial.

Le Gouvernement est d'avis qu'à partir du moment où le législateur est amené à sanctionner le phénomène de la corruption dans le secteur privé, il lui incombe avant tout de faire passer un message fort visant à insister non seulement sur le respect nécessaire des règles de concurrence loyale dans l'optique d'un marché sain mais de promouvoir une certaine moralité et un concept de loyauté pour l'ensemble des activités du corps social.

L'examen des dispositions afférentes de droit français (articles 727-1 et suivants du code pénal) et belge (articles 504bis et 504ter du code pénal) montre d'ailleurs que les législateurs français et belge ont également opté pour une incrimination large dans le domaine de la corruption dans le secteur privé qui ne se limite pas aux avantages „indus“ et dépasse le domaine de la concurrence sur le marché.

Toutefois, ni la législation française actuelle, ni celle de la Belgique ne semblent transposer exactement les dispositions de la Convention pénale européenne ou de la Décision-cadre. En effet, l'article 727-1 du code pénal français ne vise que la corruption de directeurs ou de salariés, alors que, d'une part, la Convention pénale sur la corruption qui parle de personnes qui dirigent ou travaillent pour une entité du secteur privé, donne à ces notions un contenu très large, comme cela est expliqué dans le rapport explicatif qui accompagne la Convention, et que, d'autre part, la Décision-cadre qui parle de personnes exerçant une fonction de direction ou un travail pour une entité du secteur privé, précise que cette fonction ou ce travail peuvent être exercés, à quelque titre que ce soit, donc pas nécessairement au titre de directeur ou de salarié comme cela est prévu en droit français.

Le texte belge est plus large puisqu'il vise, au titre de personne corrompue, les administrateurs et gérants de personnes morales ainsi que les mandataires ou préposés d'une personne morale ou physique. Il inclut ainsi les personnes ayant un statut d'indépendants et semble dépasser le domaine des activités professionnelles auquel se réfère la Décision-cadre pour couvrir également le milieu non professionnel, y compris le bénévolat. Toutefois, suivant la doctrine belge, ce texte d'apparence très large pourrait en réalité être plus limité alors que la même loi précise que la corruption dans le secteur privé ne devient punissable que si l'une des personnes mentionnées ci-dessus se fait corrompre pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du Conseil d'administration ou de l'Assemblée générale, du mandant ou de l'employeur. L'utilisation du terme „fonction“ qui se retrouve également à l'article 727-1 du code pénal français, semble impliquer qu'une personne qui n'a pas de fonction précise dans le cadre d'une entité du secteur privé pourrait ne pas être couverte par l'incrimination de la corruption dans ce secteur.

Le droit français exige, pour que l'infraction de corruption soit réalisée, que le fait pour le directeur ou salarié de solliciter ou d'agréer quelque chose pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, soit réalisé à l'insu et sans l'autorisation de la personne morale ou de l'employeur.

En droit belge, par contre, ce qui est exigé pour que l'infraction de corruption dans le secteur privé soit constituée, c'est que l'acte que la personne est poussée, par le fait de la corruption, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir le soit à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.

Or, de telles limitations du champ d'application de l'incrimination de la corruption dans le secteur privé semblent contraires à l'objectif de la Décision-cadre et de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe qui exigent seulement que la personne corrompue soit poussée à agir en violation de ses devoirs ou obligations/devoirs.

Les articles 310 et 310-1 du code pénal proposés pour l'incrimination de la corruption privée en droit luxembourgeois s'inspirent des articles 504bis et 504ter du code pénal belge. Le texte proposé ajoute cependant, aux fins de transposition complète des exigences de la Décision-cadre, une condition alternative de violation d'obligations légales, de règles ou de directives professionnelles, y compris les règles déontologiques, incombant à la personne corrompue.

Dans la rédaction des textes proposés, il est tenu compte de l'opportunité de rapprocher les dispositions proposées pour la corruption dans le secteur privé des dispositions du code pénal qui sanctionnent la corruption dans le secteur public. Ainsi notamment, le terme „sans droit“, prévu aux articles du code pénal relatifs à la corruption dans le secteur public se retrouve également dans les articles 310 et 310-1 proposés, alors qu'il ne s'agit pas d'appliquer des dispositions plus sévères à la corruption dans le secteur privé qu'à celle touchant le secteur public.

Les textes proposés ne visent pas seulement les activités professionnelles, les directeurs, administrateurs et gérants de sociétés ainsi que les relations de préposé et de commettant, de mandataire et de mandant mais leur rédaction plus large devra permettre d'y inclure aussi sans équivoque le travail effectué sous bénévolat ainsi que les relations issues d'autres types de contrats, comme les contrats de prestations de services conclus entre un prestataire indépendant et son client.

Le champ d'application des dispositions proposées est d'autant plus large qu'elles visent à la fois les cas où l'acte ou l'abstention, objet de la corruption, est posé à l'insu de la personne pour laquelle travaille celle qui se laisse corrompre, mais aussi, de manière alternative, les cas où cet acte est posé en violation des obligations légales ou déontologiques, liées à la profession ou aux fonctions de la personne corrompue, y compris les fonctions issues du mandat ou de la mission dont cette personne a été investie.

Les peines prévues sont par ailleurs conformes aux exigences de l'article 4 paragraphes 1 et 2 de la Décision-cadre et de l'article 19 paragraphe 1er de la Convention pénale sur la corruption. Il est rappelé encore, cependant, que le principe de la responsabilité pénale des personnes morales ainsi que la question de la détermination des sanctions pénales pouvant leur être appliquées font l'objet d'un projet de loi à part.

Article 4.

Comme il a été expliqué dans le cadre de l'examen de l'article 2 du Deuxième Protocole, il y a lieu de légiférer pour établir l'infraction de blanchiment également, de manière générale, à l'encontre des infractions primaires de fraude aux intérêts financiers communautaires visée à l'article 1er de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995. Ceci est déjà proposé au projet de loi 5165 relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

L'article 5 reprend le texte de l'article 506-1 paragraphe 1. du code pénal tel que proposé au projet de loi 5165 tout en proposant d'insérer dans la liste des infractions primaires, au sixième tiret, un renvoi aux articles 310 et 310-1 nouveaux destinés à sanctionner pénalement les faits de corruption dans le secteur privé.

Article 5.

La Décision-cadre 2003/568/JAI relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé exige, au travers de son article 4 paragraphe 3, que tout Etat membre prenne les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne physique qui, dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique, a été condamnée pour un acte de corruption visé à l'article 2 de la Décision-cadre, soit, le cas échéant, au

moins lorsqu'elle a occupé une position de direction dans une entreprise, déchu temporairement du droit d'exercer cette activité professionnelle ou une activité professionnelle comparable dans une position ou une fonction similaire, s'il résulte des faits constatés qu'il existe un risque manifeste de voir cette personne abuser de sa position ou de sa charge par corruption active ou passive.

Tel que proposé par le présent projet, la corruption active et passive dans le secteur privé constituera un délit au regard de la législation luxembourgeoise. L'article 14 du code pénal prévoit que, sans préjudice d'autres peines prévues par des lois spéciales, les peines correctionnelles sont: „... 7) l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles.“ Ce texte devrait en principe permettre au Luxembourg de se conformer à l'obligation que lui impose la Décision-cadre en son article 4 paragraphe 3.

La Décision-cadre prévoit encore à son article 6 l'obligation pour les Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne morale déclarée responsable d'une infraction de corruption dans le secteur privé soit passible de sanctions effectives, proportionnées ou administratives et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire, ou
- d) une mesure judiciaire de dissolution.

Il est encore rappelé que l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales autorise le tribunal commercial à prononcer la dissolution et à ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement et que l'article 203-1 autorise dans les mêmes conditions la fermeture de tout établissement au Grand-Duché de Luxembourg d'une société étrangère. Par ailleurs, la question de la responsabilité pénale des personnes morales est traitée dans un projet de loi à part, qui fixera également les sanctions applicables aux personnes morales reconnues comme responsables d'une infraction pénale.

Il semble opportun, en toute hypothèse, de compléter néanmoins encore maintenant la réglementation en matière d'accès notamment aux professions commerciales afin de s'assurer qu'une personne, physique ou morale, reconnue coupable d'une infraction de corruption dans le secteur public ou privé puisse se voir refuser ou retirer l'autorisation d'exercice professionnel visé à l'article 1er de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. Le texte proposé à l'article 5 vise à compléter en ce sens l'article 2 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement en tenant compte de la version proposée pour ledit article 2 par le projet de loi No 5147.

Article 6.

En vertu de l'article 29 de la Convention pénale sur la corruption, conclue au sein du Conseil de l'Europe, chaque Partie désignera une ou plusieurs autorités centrales pour effectuer les échanges dans le cadre de la coopération internationale entre les Parties prévue au chapitre IV de cette Convention.

Le Procureur Général d'Etat est l'autorité centrale désignée dans le cadre de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Il est proposé de confier également au Procureur Général d'Etat la fonction d'autorité centrale aux fins de l'article 29 précité.

Si d'autres autorités peuvent avoir compétence au Luxembourg pour certaines demandes ou communications susceptibles d'être adressées au Luxembourg dans le cadre de l'application des dispositions du chapitre IV de la Convention, comme par exemple en matière d'extradition où c'est le Ministre de la Justice qui a compétence, le Procureur Général d'Etat devra assurer la transmission de la demande ou de la communication à ces autorités.

Article 7.

L'examen des dispositions de la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, signée à Bruxelles, a montré que les règles en vigueur pour la détermination de la compétence des tribunaux luxembourgeois n'étaient pas de nature à couvrir toutes les hypothèses visées à l'article 7 paragraphe premier de cette Convention.

Il est donc proposé à l'article 7.I.1. que le Gouvernement soit autorisé à faire une déclaration, en application de l'article 7 paragraphe 2 de la Convention en question, par laquelle il précise les cas dans lesquels le Luxembourg écartera l'application du paragraphe premier de l'article 7.

La même solution d'une telle déclaration a déjà été adoptée par le législateur lors de l'approbation, par loi du 30 mars 2001, de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995, pour laquelle un problème analogue se posait pour les règles de compétence prévues à l'article 6 de ladite Convention.

Pour des raisons identiques, il est proposé, à l'article 7.II., de procéder à une déclaration similaire en application de l'article 17.2 de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999.

Enfin, l'article 7.I.2. vise à autoriser le Gouvernement à déclarer qu'il accepte la compétence de la Cour de Justice communautaire, prévue à l'article 12 paragraphe 3. de la Convention précitée du 26 mai 1997, pour connaître des questions préjudicielles qui lui seront adressées par les juridictions luxembourgeoises dans le cadre d'une affaire impliquant des membres ou des fonctionnaires des institutions communautaires ou des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et concernant l'interprétation des articles 1er à 4 et 12 à 16 de la même Convention.

*

DECISION-CADRE 2003/568/JAI DU CONSEIL
du 22 juillet 2003
relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, paragraphe 1, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu l'initiative du Royaume de Danemark⁽¹⁾,

vu l'avis du Parlement européen⁽²⁾,

considérant ce qui suit:

(1) Parallèlement à la mondialisation, il y a eu au cours des dernières années un accroissement des échanges transfrontaliers de biens et de services. Ainsi, tout acte de corruption survenant dans le secteur privé d'un Etat membre n'est plus uniquement un problème national, mais également un problème transnational contre lequel une action conjointe de l'Union européenne constitue l'instrument de lutte le plus efficace.

(2) Le 27 septembre 1996, le Conseil a adopté l'acte établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁽³⁾. Le protocole, qui est entré en vigueur le 17 octobre 2002, définit les infractions relevant de la corruption et prévoit des sanctions harmonisées pour ces infractions.

(3) Le 26 mai 1997, le Conseil a adopté une convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne⁽⁴⁾.

(4) Le 22 décembre 1998, le Conseil a, en outre, adopté l'action commune 98/742/JAI relative à la corruption dans le secteur privé⁽⁵⁾. A l'occasion de l'adoption de ladite action commune, le Conseil a

(1) JO C 184 du 2.8.2002, p. 5.

(2) Avis du 22 novembre 2002 (non encore paru au Journal officiel).

(3) JO C 313 du 23.10.1996, p. 1.

(4) JO C 195 du 25.6.1997, p. 2.

(5) JO L 358 du 31.12.1998, p. 2.

fait une déclaration selon laquelle il convenait que celle-ci était un premier pas au niveau de l'Union européenne dans la lutte contre ce type de corruption et que, au vu des résultats d'une évaluation réalisée conformément à l'article 8, paragraphe 2, de ladite action commune, d'autres mesures seraient prises ultérieurement dans ce domaine. Un rapport sur la transposition en droit national de ladite action commune par les Etats membres n'est pas encore disponible.

(5) Le 13 juin 2002, le Conseil a adopté la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres⁽¹⁾, qui inclut la corruption dans la liste des infractions entrant dans le champ d'application du mandat d'arrêt européen pour lesquelles un contrôle préalable de la double incrimination n'est pas requis.

(6) Il découle de l'article 29 du traité sur l'Union européenne que l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice et que cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et notamment de la corruption.

(7) Il ressort du point 48 des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 que la corruption est un domaine particulièrement important lorsqu'il s'agit de fixer des règles minimales sur ce qui constitue une infraction dans les Etats membres et les sanctions applicables.

(8) Une convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a été adoptée le 21 novembre 1997 par une conférence de négociation; de même, le Conseil de l'Europe a adopté une convention pénale sur la corruption qui est ouverte à la signature depuis le 27 janvier 1999. A cette convention est joint un accord sur la mise en place du groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). En outre, des négociations ont également été entamées en vue d'une convention des Nations unies relative à la lutte contre la corruption.

(9) Les Etats membres accordent une importance particulière à la lutte contre la corruption, dans les secteurs tant public que privé, puisqu'ils estiment que la corruption dans ces deux secteurs met en péril l'Etat de droit, constitue une distorsion de la concurrence, en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux, et représente un obstacle à un sain développement économique. A cet égard, les Etats membres qui n'ont pas encore ratifié la convention des Nations unies du 26 mai 1997 et la convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 prendront les mesures nécessaires afin de le faire dans les meilleurs délais.

(10) La présente décision-cadre vise notamment à faire en sorte que tant la corruption active que la corruption passive dans le secteur privé constituent une infraction pénale dans tous les Etats membres, que les personnes morales puissent également être tenues pour responsables de ces infractions et que les sanctions prévues dans ce domaine soient efficaces, proportionnées et dissuasives.

A ARRETE LA PRESENTE DECISION-CADRE:

Article premier

Définitions

Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par:

- „personne morale“: toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques,
- „violation d'une obligation“: une expression qui doit s'entendre conformément au droit national. La notion de violation d'une obligation dans le droit national devrait au moins couvrir tout comportement déloyal constituant la violation d'une obligation légale ou, selon le cas, la violation de règles ou de directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité professionnelle d'une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé.

(1) JO L 190 du 18.7.2002, p. 1.

Article 2

Corruption active et passive dans le secteur privé

1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale les actes ci-après effectués délibérément dans le cadre des activités professionnelles:
 - a) le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, à une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé, un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, afin que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations;
 - b) le fait pour une personne, dans l'exercice d'une fonction de direction ou d'un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé, de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations.
2. Le paragraphe 1 s'applique aux activités professionnelles au sein d'entités à but lucratif ou non lucratif.
3. Un Etat membre peut déclarer qu'il limitera le champ d'application du paragraphe 1 aux actes qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux.
4. Les déclarations visées au paragraphe 3 sont communiquées au Conseil au moment de l'adoption de la présente décision-cadre et sont valables pour une durée de cinq ans à compter du 22 juillet 2005.
5. En temps utile avant le 22 juillet 2010, le Conseil réexamine le présent article en vue de déterminer si des déclarations faites au titre du paragraphe 3 peuvent être renouvelées.

Article 3

Instigation et complicité

Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le fait d'inciter à commettre l'un des actes visés à l'article 2 ou de s'en rendre complice constitue une infraction pénale.

Article 4

Sanctions

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que les actes visés aux articles 2 et 3 soient passibles de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives.
2. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que les actes visés à l'article 2 soient passibles d'une peine maximale d'au moins 1 à 3 ans d'emprisonnement.
3. Chaque Etat membre prend, conformément à ses règles et à ses principes constitutionnels, les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne physique qui, dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique, a été condamnée pour un acte visé à l'article 2, soit, le cas échéant, au moins lorsqu'elle a occupé une position de direction dans une entreprise, déchu temporairement du droit d'exercer cette activité professionnelle ou une activité professionnelle comparable dans une position ou une fonction similaire, s'il résulte des faits constatés qu'il existe un risque manifeste de la voir abuser de sa position ou de sa charge par corruption active ou passive.

Article 5

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque Etat membre adopte les mesures nécessaires pour s'assurer que les personnes morales peuvent être tenues pour responsables des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsque ces dernières ont

été commises à leur bénéfice par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes:

- a) un pouvoir de représentation de la personne morale, ou
 - b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou
 - c) une autorité pour exercer un contrôle interne.
2. Outre les cas prévus au paragraphe 1, chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une infraction visée aux articles 2 et 3 au bénéfice de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.
3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices des infractions visées aux articles 2 et 3.

Article 6

Sanctions à l'encontre des personnes morales

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 6, paragraphe 1, soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui comportent des amendes pénales ou administratives et éventuellement d'autres sanctions, notamment:
- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics;
 - b) des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale;
 - c) un placement sous surveillance judiciaire, ou
 - d) une mesure judiciaire de dissolution.
2. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale, déclarée responsable conformément à l'article 5, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 7

Compétence

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2 et 3 dans les cas suivants:
- a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire;
 - b) l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, ou
 - c) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale qui a son siège sur le territoire de cet Etat membre.
2. Un Etat membre peut décider de ne pas appliquer ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques les règles de compétence définies au paragraphe 1, points b) et c), lorsque l'infraction a été commise en dehors de son territoire.
3. Un Etat membre qui, conformément à sa législation nationale, ne remet pas encore ses ressortissants, prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsqu'elles sont commises par un de ses ressortissants en dehors de son territoire.
4. Les Etats membres informent le secrétariat général du Conseil et la Commission de leur décision d'appliquer le paragraphe 2, en indiquant, le cas échéant, les cas ou les conditions spécifiques dans lesquels leur décision s'applique.

Article 8

Abrogation

L'action commune 98/742/JAI est abrogée.

Article 9

Mise en oeuvre

1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre avant le 22 juillet 2005.
2. Les Etats membres communiquent à la même date au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant de la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport écrit de la Commission, le Conseil vérifie, avant le 22 octobre 2005 dans quelle mesure les Etats membres se sont conformés à la présente décision-cadre.

Article 10

Application territoriale

La présente décision-cadre s'applique à Gibraltar.

Article 11

Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

FAIT à Bruxelles, le 22 juillet 2003.

*Par le Conseil,
Le Président,
G. ALEMANN*

*

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

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES à la présente convention, Etats membres de l'Union européenne,

Se référant à l'acte du Conseil de l'Union européenne du 26 mai 1997,

Considérant que les Etats membres estiment que le renforcement de la coopération judiciaire dans la lutte contre la corruption est une question d'intérêt commun qui relève de la coopération instituée par le titre VI du traité;

Considérant que le Conseil a établi, par acte du 27 septembre 1996, un protocole visant notamment la lutte contre les actes de corruption dans lesquels des fonctionnaires, tant nationaux que communautaires, sont impliqués et qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes;

Considérant que, aux fins du renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale entre les Etats membres, il est nécessaire d'aller au-delà dudit protocole et d'établir une convention visant les actes de corruption dans lesquels sont impliqués des fonctionnaires des Communautés ou des fonctionnaires des Etats membres en général;

Soucieuses d'assurer une application cohérente et effective de la présente convention sur tout le territoire de l'Union européenne,

SONT CONVENUES DES DISPOSITIONS QUI SUIVENT:

Article premier

Définitions

Aux fins de la présente convention:

- a) l'expression „fonctionnaire“ désigne tout fonctionnaire tant communautaire que national, y compris tout fonctionnaire national d'un autre Etat membre;
- b) l'expression „fonctionnaire communautaire“ 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.

- c) l'expression „fonctionnaire national“ est interprétée par référence à la définition de „fonctionnaire“ ou d'„officier public“ dans le droit national de l'Etat membre où la personne en question présente cette qualité aux fins de l'application du droit pénal de cet Etat membre.

Néanmoins, si des poursuites impliquant un fonctionnaire d'un Etat membre sont engagées par un autre Etat membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de „fonctionnaire national“ que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national.

*Article 2****Corruption passive***

1. Aux fins de la présente convention, est constitutif de corruption passive le fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction.
2. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés au paragraphe 1 sont érigés en infractions pénales.

*Article 3****Corruption active***

1. Aux fins de la présente convention, est constitutif de corruption active le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction.
2. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés au paragraphe 1 sont érigés en infractions pénales.

*Article 4****Assimilation***

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer que, dans son droit pénal, les qualifications des infractions visées aux articles 2 et 3 commises par ou envers les ministres de son gouvernement, les élus de ses assemblées parlementaires, les membres de ses plus hautes juridictions ou les membres de sa Cour des comptes dans l'exercice de leurs fonctions sont applicables de la même façon aux cas dans lesquels les infractions sont commises par ou envers les membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes, respectivement, dans l'exercice de leurs fonctions.
2. Si un Etat membre a adopté des lois spéciales portant sur des actes ou omissions dont les ministres de son gouvernement doivent répondre en raison de la position politique particulière qu'ils occupent dans cet Etat, le paragraphe 1 peut ne pas s'appliquer à ces lois, à condition que l'Etat membre garantisse que les lois pénales qui mettent en oeuvre les articles 2 et 3 visent aussi les membres de la Commission des Communautés européennes.
3. Les paragraphes 1 et 2 s'entendent sans préjudice des dispositions applicables dans chaque Etat membre en ce qui concerne la procédure pénale et la détermination des juridictions compétentes.
4. La présente convention s'applique 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.

*Article 5****Sanctions***

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés aux articles 2 et 3, ainsi que la complicité et l'instigation auxdits comportements, sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition.

2. Le paragraphe 1 s'entend sans préjudice de l'exercice des pouvoirs disciplinaires par les autorités compétentes à l'encontre des fonctionnaires nationaux ou des fonctionnaires communautaires. Dans la détermination d'une sanction pénale à imposer, les juridictions nationales peuvent prendre en compte, selon les principes de leur droit national, toute sanction disciplinaire déjà imposée à la même personne pour le même comportement.

Article 6

Responsabilité pénale des chefs d'entreprise

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour permettre que les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise puissent être déclarés pénalement responsables selon les principes définis par son droit interne, en cas d'actes de corruption tels que visés à l'article 3, commis par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise.

Article 7

Compétence

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions qu'il a instituées conformément aux obligations découlant des articles 2, 3 et 4 dans les cas où:

- a) l'infraction est commise, en tout ou en partie, sur son territoire;
- b) l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants ou un de ses fonctionnaires;
- c) l'infraction est commise à l'encontre des personnes visées à l'article 1er ou d'un des membres des institutions des Communautés européennes visées à l'article 4, paragraphe 1, qui est en même temps un de ses ressortissants;
- d) l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire communautaire au service d'une institution des Communautés européennes ou d'un organisme créé conformément aux traités instituant les Communautés européennes et ayant son siège dans l'Etat membre concerné.

2. Tout Etat membre peut déclarer, lors de la notification prévue à l'article 13, paragraphe 2, qu'il n'applique pas, ou n'applique que dans des cas ou dans des conditions spécifiques, une ou plusieurs des règles de compétence énoncées au paragraphe 1, points b), c) et d).

Article 8

Extradition et poursuites

1. Tout Etat membre qui, en vertu de sa législation, n'extrade pas ses propres ressortissants prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence sur les infractions qu'il a instituées conformément aux obligations découlant des articles 2, 3 et 4 lorsqu'elles sont commises par ses propres ressortissants hors de son territoire.

2. Chaque Etat membre doit, lorsqu'un de ses ressortissants est présumé avoir commis dans un autre Etat membre une infraction instituée en vertu des obligations découlant des articles 2, 3 ou 4 et qu'il n'extrade pas cette personne vers cet autre Etat membre uniquement en raison de sa nationalité, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, s'il y a lieu. Afin de permettre l'exercice des poursuites, les dossiers, informations et objets relatifs à l'infraction seront adressés selon les modalités prévues à l'article 6 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957. L'Etat membre requérant sera informé des poursuites engagées et de leurs résultats.

3. Aux fins du présent article, les termes „ressortissants“ d'un Etat membre sont interprétés conformément à toute déclaration faite par cet Etat en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point b), de la convention européenne d'extradition et au paragraphe 1, point c), de ce même article.

Article 9

Coopération

1. Si une procédure relative à une infraction instituée conformément aux obligations découlant des articles 2, 3 et 4 concerne au moins deux Etats membres, ceux-ci coopèrent de façon effective à

l'enquête, aux poursuites judiciaires et à l'exécution de la sanction prononcée au moyen, par exemple, de l'entraide judiciaire, de l'extradition, du transfert des poursuites ou de l'exécution des jugements prononcés dans un autre Etat membre.

2. Lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un Etat membre et que n'importe lequel de ces Etats peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits, les Etats membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra le ou les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible, les poursuites dans un seul Etat membre.

Article 10

Ne bis in idem

1. Les Etats membres appliquent en droit pénal interne le principe *ne bis in idem* en vertu duquel une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat membre ne peut être poursuivie pour les mêmes faits dans un autre Etat membre, à condition qu'en cas de condamnation, la sanction ait été exécutée, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon la loi de l'Etat de condamnation.

2. Tout Etat membre peut déclarer, lors de la notification visée à l'article 13, paragraphe 2, qu'il n'est pas lié par le paragraphe 1 du présent article dans un ou plusieurs des cas suivants:

- a) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont eu lieu, en tout ou en partie, sur son territoire. Dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'Etat membre où le jugement a été rendu;
- b) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger constituent une infraction contre la sûreté ou d'autres intérêts également essentiels de cet Etat membre;
- c) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont été commis par un fonctionnaire de cet Etat membre en violation des obligations de sa charge.

3. Si une nouvelle poursuite est intentée dans un Etat membre contre une personne qui a été définitivement jugée pour les mêmes faits dans un autre Etat membre, toute période de privation de liberté subie dans ce dernier Etat en raison de ces faits doit être déduite de la sanction qui sera éventuellement prononcée. Il sera également tenu compte, dans la mesure où les législations nationales le permettent, des sanctions autres que celles privatives de liberté qui ont déjà été subies.

4. Les exceptions qui ont fait l'objet d'une déclaration au titre du paragraphe 2 ne s'appliquent pas lorsque l'Etat membre concerné a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Etat membre ou accordé l'extradition de la personne concernée.

5. Les accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre les Etats membres en la matière et les déclarations y relatives ne sont pas affectés par le présent article.

Article 11

Dispositions internes

Aucune disposition de la présente convention n'empêche les Etats membres d'adopter des dispositions de droit internes allant au-delà des obligations découlant de cette convention.

Article 12

Cour de justice

1. Tout différend entre Etats membres relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente convention qui n'a pu être résolu bilatéralement, doit, dans une première étape, être examiné au sein du Conseil selon la procédure prévue au titre VI du traité sur l'Union européenne, en vue d'une solution. A l'expiration d'un délai de six mois, si une solution n'a pu être trouvée, la Cour de justice des Communautés européennes peut être saisie par une partie au différend.

2. Tout différend relatif à l'article 1er, à l'exception du point c), et aux articles 2, 3 et 4 entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission des Communautés européennes, dans la mesure où il

concerne une question relevant du droit communautaire ou des intérêts financiers des Communautés, ou impliquant des membres ou des fonctionnaires de leurs institutions ou des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes, qui n'a pu être réglé par la voie de négociation, peut être soumis à la Cour de justice par une partie au différend.

3. Toute juridiction d'un Etat membre peut demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question concernant l'interprétation des articles 1er à 4 et 12 à 16, soulevée dans une affaire dont elle est saisie, impliquant des membres ou des fonctionnaires des institutions communautaires ou des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes, agissant dans l'exercice de leurs fonctions, dès lors qu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.

4. La compétence de la Cour de justice prévue au paragraphe 3 est subordonnée à son acceptation par l'Etat membre concerné sous la forme d'une déclaration en ce sens faite lors de la notification visée à l'article 13 paragraphe 2, ou à tout moment ultérieur.

5. Un Etat membre qui fait une déclaration au titre du paragraphe 4 peut limiter la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel à ses juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

6. Le statut de la Cour de justice de la Communauté européenne et son règlement de procédure sont applicables. Conformément à ce statut, tout Etat membre, ainsi que la Commission, a le droit, qu'il ait ou non fait une déclaration au titre du paragraphe 4, de déposer devant la Cour de justice un mémoire ou des observations écrites dans les affaires dont elle est saisie en vertu du paragraphe 3.

Article 13

Entrée en vigueur

1. La présente convention est soumise à l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

2. Les Etats membres notifient au Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne l'accomplissement des procédures requises par leurs règles constitutionnelles respectives pour l'adoption de la présente convention.

3. La présente convention entre en vigueur quatre-vingt-dix jours après la notification visée au paragraphe 2 par l'Etat membre qui procède le dernier à cette formalité.

4. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente convention, chaque Etat membre peut, lors de la notification visée au paragraphe 2 ou à tout moment ultérieur, déclarer que la convention, à l'exception de son article 12, sera applicable à son égard, dans ses rapports avec les Etats membres qui auront fait la même déclaration. La présente convention devient applicable à l'égard de l'Etat membre ayant fait une telle déclaration le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de quatre-vingt-dix jours suivant la date du dépôt de sa déclaration.

5. Un Etat membre qui n'a fait aucune déclaration selon le paragraphe 4 peut appliquer la présente convention à l'égard des autres Etats membres contractants sur la base d'accords bilatéraux.

Article 14

Adhésion de nouveaux Etats membres

1. La présente convention est ouverte à l'adhésion de tout Etat qui devient membre de l'Union européenne.

2. Le texte de la présente convention dans la langue de l'Etat adhérent, établi par le Conseil de l'Union européenne, fait foi.

3. Les instruments d'adhésion sont déposés auprès du dépositaire.

4. La présente convention entre en vigueur à l'égard de tout Etat qui y adhère quatre-vingt-dix jours après la date de dépôt de son instrument d'adhésion ou à la date de l'entrée en vigueur de cette convention, si elle n'est pas encore entrée en vigueur au moment de l'expiration de ladite période de quatre-vingt-dix jours.

5. Dans le cas où la présente convention n'est pas encore entrée en vigueur au moment du dépôt de l'instrument d'adhésion, l'article 13, paragraphe 4, est applicable aux Etats adhérents.

Article 15

Réserves

1. Aucune réserve n'est admise, à l'exception de celles prévues à l'article 7, paragraphe 2, et à l'article 10, paragraphe 2.

2. Tout Etat membre qui a formulé une réserve peut la retirer à tout moment, en tout ou en partie, en adressant une notification au dépositaire. Le retrait prend effet à la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 16

Dépositaire

1. Le Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne est dépositaire de la présente convention.

2. Le dépositaire publie au *Journal officiel des Communautés européennes* l'état des adoptions et adhésions, les déclarations et les réserves, ainsi que toute autre notification relative à la présente convention.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes suscriben el presente Convenio.

Hecho en Bruselas, el veintiseis de mayo de mil novecientos noventa y siete, en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, española, finesa, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa, portuguesa y sueca, siendo cada uno de estos textos igualmente auténtico, que será depositado en los archivos de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea.

TIL BEKRÆFTELSE HERAF har undertegnede befuldmægtigede underskrevet denne konvention.

Udfærdiget i Bruxelles, den seksogtyvende maj nitten hundrede og syv og halvfems, i ét eksemplar på dansk, engelsk, finsk, fransk, græsk, irsk, italiensk, nederlandsk, portugisisk, spansk, svensk og tysk, hvilke tekster alle har samme gyldighed, og deponeret i arkiverne i Generalsekretariatet for Rådet for Den Europæiske Union.

ZU URKUND DESSEN haben die Bevollmächtigten ihre Unterschriften unter dieses Übereinkommen gesetzt.

Geschehen zu Brüssel am sechsundzwanzigsten Mai neunzehnhundertsiebenundneunzig in einer Urschrift in dänischer, deutscher, englischer, finnischer, französischer, griechischer, irischer, italienischer, niederländischer, portugiesischer, schwedischer und spanischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist; die Urschrift wird im Archiv des Generalsekretariats des Rates der Europäischen Union hinterlegt.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned Plenipotentiaries have hereunto set their hand.

Done at Brussels, on the twenty-sixth day of May in the year one thousand nine hundred and ninety-seven in a single original, in the Danish, Dutch, English, Finnish, French, German, Greek,

Irish, Italian, Portuguese, Spanish and Swedish languages, each text being equally authentic, such original remaining deposited in the archives of the General Secretariat of the Council of the European Union.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires ont apposé leurs signatures au bas de la présente convention.

Fait à Bruxelles, le vingt-six mai mil neuf cent quatre-vingt-dix-sept, en un exemplaire unique, en langues allemande, anglaise, danoise, espagnole, finnoise, française, grecque, irlandaise, italienne, néerlandaise, portugaise et suédoise, tous ces textes faisant également foi, exemplaire qui est déposé dans les archives du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne.

DÁ FHIANÚ SIN, chuir na Lánchumhachtaigh thíos-sínithe a lámh leis an gCoinbhinsiún seo.

Arna dhéanamh sa Bhruiséil, ar an séú lá is fiche de Bhealtaine sa bhliain míle naoi gcéad nócha a seacht i scríbhinn bhunaidh amháin, sa Bhéarla, sa Danmhairgis, san Fhionlainnis, sa Fhraincis, sa Ghaeilge, sa Ghearmáinis, sa Ghréigis, san Iodáilis, san Ollainnis, sa Phortaingéilis, sa Spáinnis agus sa tSualainnis agus comhúdarás ag na téacsanna i ngach ceann de na teangacha sin; déanfar an scríbhinn bhunaidh sin a thaisceadh i gcartlann Ardrúnaíocht Chomhairle an Aontais Eorpaigh.

IN FEDE DI CHE, i plenipotenziari hanno apposto le loro firme in calce alla presente convenzione.

Fatto a Bruxelles, addì ventisei maggio millenovecentonovantasette, in un esemplare unico nelle lingue danese, finlandese, francese, greca, inglese, irlandese, italiana, olandese, portoghese, spagnola, svedese e tedesca, ciascuna di esse facente ugualmente fede, che è depositato negli archivi del Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea.

TEN BLIJKE WAARVAN de ondergetekende gevolmachtigden hun handtekening onder deze Overeenkomst hebben gesteld.

Gedaan te Brussel, de zesentwintigste mei negentienhonderd zevenennegentig, opgesteld in één exemplaar in de Deense, de Duitse, de Engelse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Ierse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Portugese, de Spaanse en de Zweedse taal, zijnde alle teksten gelijkelijk authentiek, dat wordt nedergelegd in het archief van het Secretariaat-Generaal van de Raad van de Europese Unie.

EM FÉ DO QUE, os plenipotenciários abaixo assinados apuseram as suas assinaturas no final da presente convenção.

Feito em Bruxelas, em vinte e seis de Maio de mil novecentos e noventa e sete, em exemplar único, nas línguas alemã, dinamarquesa, espanhola, finlandesa, francesa, grega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa, portuguesa e sueca, fazendo igualmente fé todos os textos, depositado nos arquivos do secretariado-geral do Conselho da União Europeia.

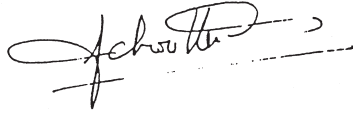
TÄMÄN vakuudeksi alla mainitut täysivaltaiset edustajat ovat allekirjoittaneet tämän yleissopimuksen.

Tehty Brysselissä kahdentenkymmenentenäkuudentena päivänä toukokuuta vuonna tuhatyhdeksänsataayhdeksänkymmentäseitsemän yhtenä ainoana kappaleena englannin, espanjan, hollannin, iirin, italian, kreikan, portugalin, ranskan, ruotsin, saksan, suomen ja tanskan kielellä, ja jokainen näistä teksteistä on yhtä todistusvoimainen; tämä kappale talletetaan Euroopan unionin neuvoston pääsihteeristön arkistoon.

TILL BEVIS PÅ DETTA har undertecknade befullmäktigade undertecknat denna konvention.

Utfärdad i Bryssel den tjugosjätte maj nittonhundraottiosju i ett enda original på danska, engelska, finländska, franska, grekiska, irländska, italienska, nederländska, portugisiska, spanska, svenska och tyska, vilka samtliga texter är lika giltiga. Originalen skall deponeras i arkiven hos generalsekretariatet för Europeiska unionens råd.

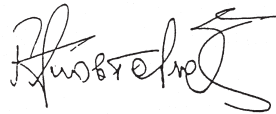
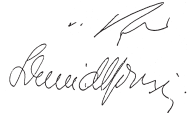
*Pour le gouvernement du Royaume de Belgique
Voor de Regering van het Koninkrijk België
Für die Regierung des Königreichs Belgien*



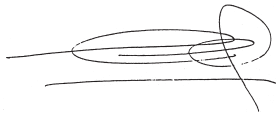
For regeringen for Kongeriget Danmark



Für die Regierung der Bundesrepublik Deutschland



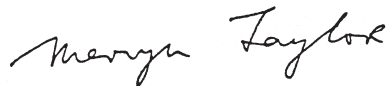
Por el Gobierno del Reino de España



Pour le gouvernement de la République française



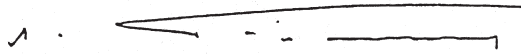
*Thar ceann Rialtas na hÉireann
For the Government of Ireland*



Per il Governo della Repubblica italiana



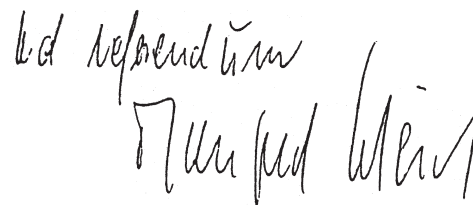
Pour le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg



Voor de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden



Für die Regierung der Republik Österreich



Pelo Governo da República Portuguesa



*Suomen hallituksen puolesta
På finska regeringens vägnar*



På svenska regeringens vägnar



For the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland



c'est-à-dire, selon la définition figurant aux articles 2 et 3 du protocole, un acte ou une omission „qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes“.

En 1996, le gouvernement italien a soumis un projet de convention qui visait à ce que tout acte de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres soit incriminé. Ce projet, tout en étant largement fondé sur des dispositions et des définitions sur lesquelles les délégations s'étaient mises d'accord en discutant précédemment du protocole, constituait néanmoins une proposition d'acte autonome d'application générale et contenait les dispositions supplémentaires requises sur la coopération judiciaire et la compétence de la Cour de justice. A la suite de cette initiative, le Conseil a adopté, le 26 mai 1997, l'acte établissant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne⁽¹⁾.

La mise en oeuvre de cette convention contribuera également au bon fonctionnement du marché intérieur et à la mise en oeuvre de l'orientation politique No 13 du programme d'action du 28 avril 1997 relatif à la criminalité organisée⁽²⁾, approuvé par le Conseil européen d'Amsterdam en 1997.

Il convient de prendre acte de ce que certaines parties du présent rapport explicatif ont été élaborées sur la base des observations figurant dans les rapports explicatifs de la convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁽³⁾ et sur le protocole de 1996 à ladite convention⁽⁴⁾.

*

II. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article premier

Définitions

Cette disposition introductive définit ce qu'il faut entendre par „fonctionnaire“, „fonctionnaire communautaire“ et „fonctionnaire national“ aux fins de la convention, chaque fois que ces concepts y apparaissent.

1.1. La définition générale de l'expression „fonctionnaire“ au point a) désigne différentes catégories de personnes – fonctionnaires communautaires et fonctionnaires nationaux, y compris les fonctionnaires d'un autre Etat membre – en vue d'une application aussi large et homogène que possible des dispositions matérielles de la convention dans le cadre de la lutte contre la corruption.

Le texte définit ces catégories de personnes par rapport à leurs spécificités statutaires respectives.

1.2. Ainsi le point b) vise les „fonctionnaires communautaires“ c'est-à-dire non seulement les fonctionnaires titulaires des Communautés européennes stricto sensu, auxquels s'applique le statut des fonctionnaires des Communautés européennes, mais aussi les différentes catégories d'agents engagés par contrat au sens du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes. Ce concept englobe les experts nationaux mis à la disposition des Communautés européennes pour y exercer des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires et autres agents des Communautés européennes.

Les membres des institutions européennes – la Commission, le Parlement européen, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour des comptes européenne – ne sont pas compris dans cette définition, mais sont visés à l'article 4 de la convention.

(1) JO C 195 du 25.6.1997, p. 1.

(2) JO C 251 du 15.8.1997, p. 1.

(3) JO C 191 du 23.6.1997, p. 1.

(4) JO C 11 du 15.1.1998, p. 5.

1.3. La dernière phrase du point b) classe dans la catégorie „fonctionnaire communautaire“ le personnel des organismes de droit communautaire. Actuellement, il s’agit des organismes suivants:

- l’Agence européenne de coopération⁽¹⁾,
- la Banque européenne d’investissement⁽²⁾,
- le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle⁽³⁾,
- la Fondation européenne pour l’amélioration des conditions de vie et de travail⁽⁴⁾,
- l’Institut universitaire européen de Florence⁽⁵⁾,
- le Fonds européen d’investissement⁽⁶⁾,
- l’Agence européenne pour l’environnement⁽⁷⁾,
- la Fondation européenne pour la formation⁽⁸⁾,
- l’Observatoire européen des drogues et des toxicomanies⁽⁹⁾,
- l’Agence européenne pour l’évaluation des médicaments⁽¹⁰⁾,
- l’Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail⁽¹¹⁾,
- l’Office de l’harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)⁽¹²⁾,
- la Banque centrale européenne⁽¹³⁾,
- l’Office communautaire des variétés végétales⁽¹⁴⁾,
- le Centre de traduction des organes de l’Union⁽¹⁵⁾,
- l’Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes⁽¹⁶⁾.

Cette disposition concerne le personnel d’organismes actuels ou futurs chargés au sens large d’appliquer la législation communautaire déjà adoptée ou à adopter en vertu des traités communautaires.

1.4. Le point c) définit le „fonctionnaire national“ comme un fonctionnaire ou agent de l’autorité publique tel qu’il est défini dans le droit national de chaque Etat membre aux fins de l’application de son droit pénal. C’est donc l’acception du droit pénal du pays d’origine du fonctionnaire qui est privilégiée. Lorsqu’un fonctionnaire national de l’Etat membre poursuivant est impliqué, c’est la définition nationale qui est clairement d’application. Cependant, lorsqu’un fonctionnaire d’un autre Etat membre est

(1) Règlement (CEE) No 3245/81 du Conseil (JO L 328 du 16.11.1981, p. 1).

(2) Articles 198 D et 198 E du traité CE.

(3) Règlement (CEE) No 337/75 du Conseil (JO L 39 du 13.2.1975, p. 1), règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) No 354/95 (JO L 41 du 23.2.1995, p. 1).

(4) Règlement (CEE) No 1365/75 du Conseil (JO L 139 du 30.5.1975, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CEE) No 1947/93 (JO L 181 du 23.7.1993, p. 13).

(5) Convention portant création d’un Institut universitaire européen (JO C 29 du 9.2.1976, p. 1).

(6) Statuts du Fonds européen d’investissement (JO L 173 du 7.7.1994, p. 1); voir également l’article 30 du protocole sur les statuts de la Banque européenne d’investissement et l’article 239 du traité CE.

(7) Règlement (CEE) No 1210/90 du Conseil (JO L 120 du 11.5.1990, p. 1).

(8) Règlement (CEE) No 1360/90 du Conseil (JO L 131 du 23.5.1990, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 2063/94 (JO L 216 du 20.8.1994, p. 9).

(9) Règlement (CEE) No 302/93 du Conseil (JO L 36 du 12.2.1993, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 3294/94 (JO L 341 du 30.12.1994, p. 7).

(10) Règlement (CEE) No 2309/93 du Conseil (JO L 214 du 24.8.1993, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 649/98 (JO L 88 du 24.3.1998, p. 7).

(11) Règlement (CE) No 2062/94 du Conseil (JO L 216 du 20.8.1994, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 1643/95 (JO L 156 du 7.7.1995, p. 1).

(12) Règlement (CE) No 40/94 du Conseil (JO L 11 du 14.1.1994, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 2868/95 (JO L 303 du 15.12.1995, p. 1).

(13) Article 4 A du traité CE; protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales, annexé au traité sur l’Union européenne.

(14) Règlement (CE) No 2100/94 du Conseil (JO L 227 du 1.9.1994, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 2506/95 (JO L 258 du 28.10.1995, p. 3).

(15) Règlement (CE) No 2965/94 du Conseil (JO L 314 du 7.12.1994, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 2610/95 (JO L 268 du 10.11.1995, p. 1).

(16) Règlement (CE) No 1035/97 du Conseil (JO L 151 du 10.6.1997, p. 1).

impliqué, c'est la définition du droit de cet Etat membre qui devrait en principe être appliquée par l'Etat membre poursuivant. Dans le cas où la personne concernée n'aurait pas eu la qualité de fonctionnaire en vertu de la loi de cet Etat membre cette définition ne saurait pas être décisive. Ce principe découle clairement du deuxième alinéa du point c), selon lequel un Etat membre n'est pas tenu d'appliquer la définition de „fonctionnaire national“ d'un autre Etat membre, sauf si cette définition est compatible avec son propre droit national, et peut donc choisir de décider que les actes de corruption impliquant des fonctionnaires nationaux d'un autre Etat membre ne visent que les fonctionnaires dont le statut est compatible avec sa propre définition du fonctionnaire national. Bien qu'il n'y soit pas spécifiquement tenu, un Etat membre peut faire une déclaration annonçant qu'il a décidé de faire généralement usage de cette possibilité.

Le renvoi qui est ainsi fait au droit de l'Etat membre dont le fonctionnaire en question est ressortissant signifie généralement qu'il est dûment tenu compte des spécificités nationales en matière de statut des personnes exerçant des fonctions publiques.

L'article 4, paragraphes 2 et 3, montre, toutefois, que la notion de „fonctionnaire national“ n'inclut pas automatiquement les membres du Parlement, les ministres, les membres des plus hautes juridictions ni les membres d'une Cour des comptes des Etats membres. Cependant, cette disposition n'exclut pas que tout Etat membre puisse étendre sa définition de „fonctionnaire national“ à une ou plusieurs de ces catégories de personnes.

Article 2

Corruption passive

L'article 2 définit les éléments du délit de corruption passive. Comme beaucoup d'autres dispositions de la convention, son libellé est fortement inspiré, avec les ajustements nécessaires, de celui des articles correspondants du protocole à la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (ci-après dénommée „le premier protocole“).

2.1. Le paragraphe 1 énumère une série d'éléments constitutifs de corruption pour un fonctionnaire, parmi lesquels doit nécessairement figurer l'intention délibérée.

2.2. Les éléments matériels de la corruption sont notamment le fait de solliciter, d'accepter et de recevoir certaines choses, „directement ou par interposition de tiers“.

Doivent être considérées comme visées:

- d'une part, l'initiative unilatérale du fonctionnaire qui sollicite pour lui-même un avantage en faisant savoir à une autre personne, de façon directe ou détournée, qu'elle doit „payer“ pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un certain acte; il importe peu que cette sollicitation soit suivie d'effet, l'infraction étant matériellement consommée du seul fait de la sollicitation,
- d'autre part, l'acceptation ou la réception par le corrompu de certaines choses en exécution d'un accord de volontés entre lui-même et le corrupteur, l'infraction étant matériellement consommée dès l'échange des consentements, même si ultérieurement le fonctionnaire renonce à exécuter l'accord ou restitue la chose reçue.

La convention ne fait pas de distinction entre les moyens directs et indirects par lesquels est réalisée la corruption. L'éventuelle intervention d'un tiers, qui étendrait le champ d'application de la corruption passive à l'action indirecte du fonctionnaire, commande que soit identifiable le caractère délictueux du comportement de ce dernier, que le tiers implique ait été ou non de bonne foi.

2.3. Il y a également infraction lorsque le fonctionnaire sollicite, par exemple, un présent ou un autre avantage non pour lui-même, mais pour un tiers, tel qu'un conjoint ou un concubin, un ami proche, un parti politique ou une autre organisation.

2.4. Les éléments constitutifs du délit matériel de corruption sont notamment les offres, promesses ou avantages de quelque nature que ce soit au profit du fonctionnaire ou de toute autre personne.

Les termes „avantages de quelque nature que ce soit“ désignent une notion intentionnellement large englobant non seulement les objets matériels (argent liquide, objets précieux, marchandises diverses,

services rendus), mais également tout ce qui peut représenter un intérêt indirect, tels que le règlement des dettes du corrompu, la réalisation de travaux sur un immeuble lui appartenant, sans que cette énumération soit exhaustive. La notion d'avantage, sollicité, reçu ou promis, couvre toutes les sortes d'avantages matériels ou intellectuels.

Aux fins de la convention, le moment où s'opère la remise ou la fourniture de la chose constitutive de la corruption est indifférent. En retenant expressément l'acceptation de promesses, le paragraphe 1 permet de ne pas exclure les paiements différés, dès lors qu'ils trouvent leur origine dans le pacte délictueux conclu entre le corrompu et le corrupteur.

2.5. La disposition est libellée de telle manière que la sollicitation ou l'acceptation doivent être antérieures à l'acte ou à l'omission du fonctionnaire, étant donné que le texte dispose clairement que „le fait ... pour un fonctionnaire de solliciter ou de recevoir des avantages ... ou d'en accepter la promesse ... pour accomplir ou ne pas accomplir ...“.

Ainsi, au sens de cette disposition, lorsqu'un avantage est reçu après l'accomplissement d'un acte sans avoir été précédé d'une sollicitation ou d'une acceptation, les Etats membres ne sont pas tenus de prévoir une responsabilité pénale. Cet article ne s'applique pas non plus aux gratifications qui ne sont pas suivies d'un acte accompli par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

Aux termes de l'article 11 de la convention, rien n'empêche, bien entendu, les Etats membres qui le souhaitent d'incriminer la corruption consistant à recevoir un avantage sollicité ou accepté après l'accomplissement par le fonctionnaire d'un acte contraire à ses devoirs officiels.

2.6. La convention s'applique aux comportements liés aux fonctions ou aux devoirs d'un fonctionnaire. Elle vise le fait pour le titulaire de la charge ou de la fonction d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte relevant des compétences qu'il détient en vertu d'une loi ou d'un règlement (devoir de la fonction), dans la mesure où cet acte est accompli par le fonctionnaire en violation de ses obligations.

Le droit de certains Etats membres couvre aussi le cas où un fonctionnaire, manquant à son devoir d'impartialité, reçoit un avantage pour accomplir un acte conforme à sa fonction (par exemple pour accorder un traitement préférentiel en accélérant ou en suspendant la gestion d'un dossier). Ce cas est couvert par le présent article.

2.7. Le paragraphe 2 prescrit aux Etats membres de prendre les mesures de droit pénal nécessaires pour assurer que les comportements visés au paragraphe 1 sont érigés en infractions pénales.

Il appartient donc aux Etats membres de vérifier si le droit pénal en vigueur couvre bien toutes les catégories de personnes et la totalité des comportements définis et, à défaut, d'adopter des mesures prévoyant une ou plusieurs infractions pénales correspondant à ces comportements. Les Etats membres peuvent à cet égard choisir, soit de prévoir une seule infraction à caractère général, soit de prévoir plusieurs infractions spécifiques.

Article 3

Corruption active

Cet article définit les éléments du délit de corruption active commis par un fonctionnaire.

Il constitue le corollaire du délit défini à l'article 2, considéré du point de vue du corrupteur; il est destiné en particulier à assurer le bon fonctionnement de l'administration et à protéger les fonctionnaires contre d'éventuelles manoeuvres dont ils pourraient être la cible, étant entendu que dans la plupart des Etats membres la corruption passive et la corruption active constituent des infractions distinctes et autonomes, susceptibles de faire l'objet de poursuites distinctes et autonomes.

Le paragraphe 1 définit différents comportements délictueux du corrupteur qui sont constitutifs de la corruption active d'un fonctionnaire.

3.1. Le „fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner ... un avantage ...“ vise la personne du corrupteur, en quelque qualité qu'il agisse (représentant du secteur privé, du secteur public, ou autre); le corrupteur peut être indifféremment un simple particulier agissant pour son propre compte ou pour le compte d'une société ou une personne exerçant une fonction publique.

L'acte constitutif de la corruption doit être commis intentionnellement, c'est-à-dire procéder d'une volonté délibérée de faire accomplir au fonctionnaire des actes contraires aux devoirs attachés au service public.

Il conviendra de déterminer conformément au droit national de l'Etat membre s'il y a ou non infraction lorsque le corrupteur, agissant délibérément, se trompe sur les pouvoirs dont il croit investi le fonctionnaire sollicité.

3.2. L'acte du corrupteur peut consister à promettre ou à donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage matériel ou intellectuel de quelque nature que ce soit, que l'offre soit ou non suivie d'effet et que l'avantage se concrétise ou non.

La manoeuvre corruptrice peut être unilatérale ou bilatérale, porter sur une chose matérielle ou intellectuelle, la notion d'avantage devant être entendue dans son acception la plus large, sous réserve des points 2.4 et 2.5.

L'article ne fait pas de distinction entre les moyens, directs ou indirects, par lesquels la manoeuvre corruptrice est accomplie. Il comprend toute manoeuvre corruptrice, quelle qu'elle soit, adressée au fonctionnaire, tant directement que par interposition de tiers.

3.3. La corruption active s'adresse à une personne qui, par définition, a nécessairement la qualité de fonctionnaire, que l'avantage profite au fonctionnaire lui-même ou à une autre personne.

3.4. Le but recherché par la corruption active est le même que celui visé par la corruption passive; voir le point 2.6.

3.5. L'article 3, paragraphe 2, est rédigé dans les mêmes termes que l'article 2, paragraphe 2; voir le point 2.7.

Article 4

Assimilation

Cet article est destiné à élargir et à renforcer la portée des mesures anticorruption introduites par la convention; il demande, en effet, que le droit pénal de chaque Etat membre soit aménagé de manière à prévoir certaines infractions commises par des personnes occupant des postes spécifiques au sein des institutions communautaires. Comme dans le cas du premier protocole, un principe d'assimilation est introduit, en vertu duquel les Etats membres seront tenus d'appliquer aux membres des institutions communautaires les mêmes qualifications des infractions constitutives de corruption qu'aux personnes occupant des postes similaires dans leurs propres institutions.

4.1. Le paragraphe 1 énonce le principe selon lequel les qualifications d'infractions applicables aux ministres du gouvernement, aux membres du Parlement, aux membres des plus hautes juridictions et aux membres de la Cour des comptes doivent être étendues de manière à inclure leurs homologues agissant dans l'exercice de leurs fonctions au sein des institutions communautaires (membres de la Commission, membres du Parlement européen, membres de la Cour de justice des Communautés européennes et membres de la Cour des comptes des Communautés européennes).

Il s'ensuit que, en ce qui concerne la sanction des délits de corruption, les membres de la Commission seront assimilés aux ministres du gouvernement, les membres du Parlement européen aux membres des parlements nationaux, les membres de la Cour de justice des Communautés européennes aux membres des plus hautes juridictions et les membres de la Cour des comptes des Communautés européennes à leurs homologues nationaux. Du fait de cette assimilation, l'application des dispositions nationales qui visent les infractions commises par des membres des parlements nationaux, des membres du gouvernement, etc. doit être étendue aux membres susmentionnés des institutions des Communautés européennes.

Ce principe n'exige manifestement pas que des infractions spéciales soient prévues pour ces personnes dans les Etats membres. Lorsqu'un Etat membre applique déjà à la corruption des ministres, des membres du parlement ou du système judiciaire les dispositions qu'il applique à la corruption des fonctionnaires, il n'aura plus qu'à ajouter l'incrimination de la corruption des membres des institutions communautaires en recourant à ces dispositions générales.

4.2. Etant donné que certains Etats membres n'ont pas de Cour des comptes à proprement parler, les organes considérés comme homologues seront les suivants:

- le National Audit Office au Royaume-Uni,
- l'Office of the Comptroller and Auditor General en Irlande,
- le Rigsrevisionen au Danemark,
- le Riksrevisionsverket en Suède,
- le Valtiontalouden tarkas tusvirasto/Statens revisionsverk en Finlande.

4.3. Le paragraphe 2 réserve aux Etats membres où la responsabilité pénale des ministres du gouvernement est régie par des lois spéciales applicables à des situations nationales spécifiques la possibilité de déroger au principe d'assimilation énoncé au paragraphe 1. Le recours à cette possibilité ne doit, toutefois, pas faire obstacle à la nécessité d'introduire une forme de responsabilité pénale pour des infractions au droit pénal national commises par des membres de la Commission ou à leur rencontre.

Cette possibilité pourra se révéler particulièrement utile dans des Etats membres comme le Danemark, où les règles relatives à la responsabilité pénale des ministres du gouvernement s'appliquent dans des situations particulières (par exemple en cas de responsabilité pénale du ministre pour une faute commise par ses subordonnés) dans lesquelles d'autres personnes assumant de hautes fonctions ne seraient normalement pas responsables pénalement.

4.4. En vertu du paragraphe 3, les paragraphes précédents sur l'assimilation concernant les faits punissables s'entendent „sans préjudice des dispositions applicables dans chaque Etat membre en ce qui concerne la procédure pénale et la détermination des juridictions compétentes“.

Aux fins des divers paragraphes de l'article 4 pris dans leur ensemble, il est clair que la convention ne saurait affecter ou remettre en cause les règles internes de procédure pénale ou les dispositions déterminant les juridictions compétentes pour se prononcer sur les infractions en cause. Cela n'exclut pas pour autant que l'article prenne pleinement effet en droit interne.

Pour ce qui concerne, en particulier, les personnes visées au paragraphe 1, à l'égard desquelles le principe d'assimilation suppose, d'une manière générale et sans exception, l'égalité de traitement au regard du droit pénal, il convient de noter ce qui suit. Lorsqu'une loi spéciale d'un Etat membre attribue à une juridiction spéciale (ou à une juridiction ordinaire siégeant dans une formation spécifique) la compétence pour juger les membres du gouvernement, les membres du Parlement, les membres des plus hautes juridictions nationales et les membres de la Cour des comptes accusés d'avoir commis une infraction, cette juridiction peut également être compétente pour des affaires similaires concernant les membres de la Commission, les membres du Parlement européen, les membres de la Cour de justice des Communautés européennes et les membres de la Cour des comptes européenne, sans préjudice, toutefois, des dispositions nationales régissant la compétence.

4.5. Le paragraphe 4 précise que la convention ne porte pas atteinte aux dispositions relatives à la levée de l'immunité du personnel des institutions communautaires.

La levée de l'immunité reste donc une condition préalable de l'exercice de la compétence. La convention constate à cet égard l'obligation pour chacune des institutions concernées d'appliquer, dans le respect des procédures existantes et des voies de recours ordinaires prévues en droit communautaire, les dispositions régissant leurs privilèges et immunités⁽¹⁾.

Article 5

Sanctions

5.1. L'article 5, paragraphe 1, invite les Etats membres à faire en sorte que les faits de corruption active et passive définis aux articles 2 et 3 soient toujours passibles de sanctions pénales, en d'autres termes qu'ils soient toujours susceptibles d'être portés devant une juridiction.

Sont également passibles de sanctions pénales la complicité et l'instigation, ces concepts devant être interprétés conformément à la définition qui en est donnée dans le droit pénal de chaque Etat membre.

⁽¹⁾ Voir notamment l'article 18 du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes.

Etant donné que le comportement consistant à faire des promesses, que celles-ci soient ou non effectivement tenues ou accomplies, est constitutif de l'infraction de corruption active ou passive, il n'a pas été jugé nécessaire d'imposer l'incrimination de la tentative de corruption active ou passive. Il va cependant de soi que les Etats membres qui le souhaitent peuvent aussi sanctionner la tentative.

Ainsi qu'il résulte du fameux arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire 68/88⁽¹⁾, les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. La Cour s'est exprimée dans les termes suivants: (les Etats membres) „doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif“.

Pour se conformer à cette décision, les Etats membres disposent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils déterminent la nature et la sévérité des sanctions qui peuvent être prévues. Celles-ci ne doivent pas toujours impliquer obligatoirement une privation de liberté. Des peines pécuniaires pourront aussi être infligées à la place ou en complément des peines de prison.

5.2. La convention impose, toutefois, aux Etats membres de prévoir, dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition. Il appartiendra en tout cas aux Etats membres de décider, en fonction de leur tradition juridique, les critères ou les éléments de fait déterminant la gravité d'une infraction.

5.3. Le paragraphe 2 aborde les rapports entre droit pénal et règles disciplinaires en cas d'éventuel concours de qualifications pour un même fait de corruption; le principe de l'indépendance des systèmes disciplinaires nationaux ou européen est privilégié, puisque le déroulement des poursuites pénales s'entend „sans préjudice de l'exercice des pouvoirs disciplinaires par les autorités compétentes à l'encontre des fonctionnaires nationaux ou des fonctionnaires communautaires“.

Tenant compte de certaines traditions juridiques nationales, le paragraphe accorde, en outre, aux autorités nationales compétentes la possibilité de mettre en oeuvre les principes de leur propre législation qui permettent de prendre en compte, dans la détermination de la sanction pénale à infliger, toute sanction disciplinaire déjà prononcée à l'encontre de la même personne pour la même infraction. Il s'agit là d'une disposition particulière qui ne s'imposera pas aux Etats membres qui ne reconnaissent pas ou ne mettent pas en oeuvre les sanctions disciplinaires.

Article 6

Responsabilité pénale des chefs d'entreprise

6.1. Cet article est presque entièrement identique à l'article 3 de la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Elle vise aussi à faire en sorte que les chefs d'entreprise ou d'autres personnes exerçant légalement ou effectivement le pouvoir au sein d'une entreprise ne seront pas automatiquement exonérés de toute responsabilité pénale en cas d'actes de corruption commis par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise.

La convention laisse aux Etats membres une latitude considérable pour définir la base de la responsabilité pénale des chefs d'entreprise et des décideurs.

Tout en couvrant la responsabilité pénale des chefs d'entreprise ou des décideurs sur la base de leur action personnelle (en tant qu'auteurs, associés, instigateurs ou complices de la fraude), l'article 6 permet aux Etats membres de prévoir que leur responsabilité pénale peut être engagée pour d'autres motifs.

Au sens de l'article 6, un Etat membre peut prévoir que la responsabilité pénale des chefs d'entreprise et des décideurs est engagée s'ils ne se sont pas acquittés d'une obligation de surveillance ou de contrôle (*culpa in vigilando*). Dans ce cas, la responsabilité pénale des chefs d'entreprise pourrait être fondée sur une infraction distincte de la corruption, consistant en un manquement à une obligation légale d'exercer une surveillance ou un contrôle.

(1) Arrêt du 21 septembre 1989, Rec. p. 2965.

La responsabilité pénale d'un chef d'entreprise ou d'un décideur pourrait aussi ressortir à la négligence ou à l'incompétence.

Enfin, aucune disposition de l'article 6 n'empêche les Etats membres de prévoir une responsabilité pénale objective des chefs d'entreprise et des décideurs du fait d'autres actes, pour laquelle il n'y aurait pas à prouver de faute, de négligence ou de manquement de leur part dans l'exercice de leur tâche de surveillance.

La convention n'aborde cependant pas directement le problème de la responsabilité des personnes morales, mais il ne faut pas oublier que l'article 3 du deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes impose aux Etats membres de prévoir diverses formes de responsabilité des personnes morales, dont la corruption active touchant aux intérêts financiers de la Communauté. Une disposition analogue figure dans la récente convention de l'OCDE. On peut donc affirmer que les Etats membres devront, en tout état de cause, envisager la question en fonction des obligations découlant de ces instruments juridiques.

Article 7

Compétence

7.1. Cet article fixe un certain nombre de critères en vertu desquels les autorités nationales répressives et judiciaires sont compétentes pour poursuivre et juger les infractions visées dans la convention, c'est-à-dire les infractions de corruption active et passive ainsi que les infractions instituées en vertu du principe d'assimilation énoncé à l'article 4. Par analogie avec la solution déjà adoptée pour les instruments relatifs à la protection des intérêts financiers des Communautés, quatre critères de compétence sont proposés, dont un seul (le principe de territorialité) est, toutefois, obligatoire pour tous les Etats membres, puisque pour chacun des trois autres une dérogation est possible en recourant à la déclaration prévue au paragraphe 2.

7.2. Le paragraphe 1 invite chaque Etat membre à établir, en principe, sa compétence au moins dans les quatre cas suivants:

- a) lorsque l'infraction est commise, en tout ou en partie, sur son territoire, en ce sens que c'est sur son territoire que l'acte de corruption est réalisé, l'avantage accordé ou le pacte délictueux conclu, quelles que soient la qualité et la nationalité du corrupteur ou du fonctionnaire impliqué (principe de territorialité);
- b) lorsque l'auteur de l'infraction est un ressortissant ou un fonctionnaire de l'Etat membre concerné (principe de la personnalité active): le critère tiré de la qualité de l'auteur de l'infraction permet de déterminer la compétence indépendamment de la *lex loci delicti*. Il appartient alors aux Etats membres d'engager des poursuites pour des infractions commises à l'étranger, y compris dans les pays tiers. Cette possibilité est particulièrement importante pour les Etats membres qui n'extradent pas leurs ressortissants;
- c) lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un ressortissant de l'Etat membre concerné, qu'il soit fonctionnaire ou membre d'une institution des Communautés européennes (principe de la personnalité passive). Ce principe présente un intérêt particulier dans les cas de corruption active commise à l'étranger par des personnes qui ne sont pas des ressortissants de l'Etat membre concerné;
- d) lorsque l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire communautaire au service d'une institution communautaire ayant son siège dans l'Etat membre concerné. Ce critère du siège peut s'avérer utile dans des situations exceptionnelles non régies par d'autres règles de compétence, notamment lorsqu'une infraction est commise hors du territoire de la Communauté par un fonctionnaire communautaire qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre⁽¹⁾.

7.3. Ainsi qu'on l'a déjà indiqué, le paragraphe 2 autorise tout Etat membre qui le souhaite à ne pas accepter ou à accepter dans certaines conditions les règles énoncées aux points b), c) et d) en

(1) Il convient à cet égard de noter que, bien que les fonctionnaires communautaires aient, en principe, la nationalité d'un des Etats membres, il peut y avoir des exceptions à ce principe.

faisant une déclaration en ce sens lors de la notification prévue à l'article 13, paragraphe 2, de la convention.

Il convient de tenir compte du fait que, conformément à l'article 15 de la convention, cette disposition est l'une des deux seules à l'égard desquelles des réserves sont admises.

Article 8

Extradition et poursuites

L'article 8, tout comme les articles 9, 10 et 11, est largement inspiré de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, et en particulier de son article 5, auquel seules les modifications nécessaires ont été apportées; il a d'ailleurs été expressément prévu que les deux dispositions soient applicables aussi au premier protocole, comme l'indique le renvoi qui figure à l'article 7 de cet instrument. Comme dans l'article 5 de la convention visée ci-dessus, les règles qui figurent à l'article 8 visent à compléter, pour les infractions impliquant les fonctionnaires communautaires et les fonctionnaires des Etats membres, les dispositions relatives à l'extradition des ressortissants des Etats membres qui sont déjà en vigueur entre les Etats membres et qui résultent de conventions d'extradition bilatérales ou multilatérales.

Il faut spécifier en premier lieu qu'un certain nombre d'Etats membres n'extradent pas leurs ressortissants. L'article 8 fixe des règles visant à empêcher les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes de corruption de rester impunies parce que l'extradition est refusée par principe.

Aux fins de l'article 8, le terme de „ressortissant“ doit être interprété à la lumière des déclarations faites à l'article 6, paragraphe 1, point b), de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 par les parties à cette convention.

L'article 8 exige tout d'abord d'un Etat membre qui n'extrade pas ses ressortissants qu'il prenne les mesures nécessaires pour établir sa compétence sur les infractions définies et punies au sens des articles 2, 3 et 4 de la convention lorsqu'elles sont commises par ses propres ressortissants dans un autre Etat membre.

En outre, si un acte de corruption a été commis sur le territoire d'un Etat membre par un ressortissant d'un autre Etat membre qui ne peut pas être extradé uniquement parce que ce dernier Etat membre n'extrade pas ses ressortissants, l'article 8 impose à l'Etat requis de soumettre le cas à ses autorités judiciaires pour qu'elles entament des poursuites. L'article 8, paragraphe 2, énonce donc tout simplement le principe *aut dedere aut judicare*. Cette disposition n'est cependant pas censée porter atteinte aux règles nationales de procédure pénale.

Pour l'application de ce principe, l'Etat membre requérant s'engage à adresser les dossiers, informations et objets relatifs à l'infraction à l'Etat membre qui doit poursuivre son ressortissant. L'Etat membre requérant sera tenu au courant des poursuites et de leur résultat.

L'article 8 ne prévoit pas de conditions préalables concernant la procédure engagée par l'Etat membre requis. L'Etat membre requérant n'a pas à présenter de demande pour que l'Etat membre requis engage les poursuites.

Il convient également de souligner qu'il n'avait pas été jugé nécessaire, comme au moment de la conclusion du premier protocole, d'insérer ici la disposition figurant à l'article 5, paragraphe 3, de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui interdit de refuser l'extradition au seul motif que l'infraction est de nature fiscale. Contrairement à ce qui est le cas pour les infractions à la protection des intérêts financiers de la Communauté, une telle exception est sans objet dans le cas des infractions de corruption.

Article 9

Coopération

Comme on l'a déjà fait observer, la convention a pour objet de permettre la poursuite des cas de corruption interne et des cas de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires d'autres Etats membres. Or, cette dernière catégorie de cas est de loin la partie la plus innovatrice de la convention et comporte nécessairement des éléments de transnationalité. Compte tenu de la

complexité particulière des enquêtes transfrontières en la matière, la coopération revêt une importance capitale.

Les formes de coopération indiquées au paragraphe 1 figurent à titre d'exemples. L'expression „par exemple“ a été introduite dans cette disposition pour tenir compte de la situation des Etats membres qui ne sont pas parties aux conventions européennes pertinentes sur la coopération en matière pénale. Les formes de coopération énumérées à titre d'exemples sont les suivantes: entraide judiciaire en matière pénale, extradition, transfert des poursuites et exécution des jugements prononcés dans un autre Etat membre, ce qui permet de choisir dans chaque cas les moyens de coopération qui conviennent le mieux. Les conventions pertinentes qui s'appliquent actuellement entre les Etats membres ne sont pas affectées par la présente convention.

Le paragraphe 2 prévoit le cas où plusieurs Etats membres sont compétents pour poursuivre une infraction sur la base des mêmes faits.

En pareil cas, ce paragraphe impose aux Etats membres de coopérer pour décider lequel d'entre eux se chargera des poursuites. Cette disposition devrait améliorer l'efficacité en permettant la centralisation des poursuites dans un seul Etat membre, chaque fois que cela est possible.

Les Etats membres pourront régler ce type de conflits de compétence en prenant, par exemple, pour critère l'importance de la corruption commise sur leur propre territoire, l'endroit où les avantages en question ont été fournis, l'endroit où les suspects ont été arrêtés, leur nationalité, les poursuites antérieures, etc.

Article 10

Ne bis in idem

Le paragraphe 1 pose le principe *ne bis in idem*.

Ce principe revêt une importance particulière dans les cas de corruption internationale susceptibles d'être poursuivis par des juridictions de plusieurs Etats membres, lorsqu'il n'a pas été possible de centraliser les poursuites dans un seul Etat membre en appliquant le principe énoncé à l'article 9, paragraphe 2.

Cet article est inspiré en grande partie de la convention relative à l'application du principe „*ne bis in idem*“ signée à Bruxelles le 25 mai 1987 dans le cadre de la coopération politique européenne. Des dispositions similaires figurent à l'article 54 et suivants de la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990.

Le paragraphe 2 limite à un petit nombre de cas bien précis la possibilité pour les Etats membres de faire une déclaration. Ces cas coïncident avec les trois hypothèses prévues à l'article 2 de la convention relative à l'application de principe „*ne bis in idem*“. Conformément au paragraphe 4, cependant, les exceptions prévues dans ces déclarations ne s'appliqueront pas si l'Etat membre qui les a faites a tout de même pris des mesures à l'encontre de la personne en question et a demandé à l'autre Etat membre d'engager des poursuites ou d'accorder l'extradition.

La possibilité d'exception prévue au paragraphe 2, point c), mérite une attention particulière; elle concerne les faits visés par le jugement rendu à l'étranger et commis par un fonctionnaire en violation des obligations de sa charge. Bien que cette disposition soit reprise de la convention relative à l'application du principe „*ne bis in idem*“ elle semble en fait particulièrement pertinente dans le cas de la présente convention, qui concerne exclusivement les infractions de corruption; en effet, dans tous les cas où le jugement rendu à l'étranger concerne des actes de corruption passive commis par le fonctionnaire étranger, ces faits auront certainement été commis par ce fonctionnaire en violation des obligations de sa charge. Le paragraphe 2, point c), peut, par conséquent, revêtir une importance particulière dans le cadre de la présente convention selon les déclarations que les Etats membres peuvent faire au moment de la ratification.

Aux termes du paragraphe 3, toute période de privation de liberté subie dans un autre Etat membre sera toujours prise en considération par l'Etat qui a intenté une nouvelle poursuite.

Enfin, le paragraphe 5 affirme que les principes appliqués entre les Etats membres ainsi que les déclarations figurant dans des accords bilatéraux ou multilatéraux ne sont pas affectés par cet article.

*Article 11****Dispositions internes***

L'article 11 permet aux Etats membres d'adopter des dispositions de droit interne allant au-delà des dispositions de la convention. Tout comme les conventions relatives à la protection des intérêts financiers, la présente convention constitue également un corps de règles minimales.

*Article 12****Cour de justice***

Cet article définit la compétence conférée à la Cour de justice des Communautés européennes pour régler les différends entre les Etats membres et, dans certains cas, entre les Etats membres et la Commission sur l'interprétation ou l'application de la convention; il prévoit aussi que la Cour de justice sera compétente pour statuer à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation de certains articles de la convention. L'article vise en partie des dispositions similaires déjà introduites dans d'autres instruments adoptés à ce jour dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne; il faut noter cependant que c'est la première fois que la question de la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préliminaire a été traitée et résolue directement dans une convention et non dans un protocole séparé, comme cela s'est fait dans le cas de la convention portant création d'un Office européen de police (Europol)⁽¹⁾, de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes⁽²⁾.

Le paragraphe 1 précise les conditions dans lesquelles la Cour de justice est compétente pour statuer sur les différends entre les Etats membres relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention.

Ce paragraphe indique que tout différend devra, dans une première étape, être examiné par le Conseil selon la procédure prévue au titre VI du traité sur l'Union européenne en vue d'une solution. A l'expiration d'un délai de six mois, si une solution n'a pu être trouvée, un Etat membre partie ou des Etats membres parties au différend peuvent saisir la Cour de justice.

Comme dans le cas de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, les dispositions relatives aux différends entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission sont limitées aux dispositions de la convention qui sont susceptibles de donner lieu à des différends. Il s'agit de l'article 1er, „Définitions“, à l'exclusion expresse du point c), qui définit l'expression „fonctionnaire national“ uniquement par référence au droit national de chaque Etat membre, et des articles relatifs aux accusations de corruption passive et active et à l'assimilation de la corruption des membres des institutions communautaires, dans la mesure où il s'agit de questions de droit communautaire, des intérêts financiers de la Communauté ou de membres ou fonctionnaires de la Communauté.

Sur le plan de la procédure, le paragraphe 2 prévoit que dans les différends entre des Etats membres et la Commission, un règlement par voie de négociation doit d'abord être recherché. Si la négociation échoue, le différend peut être soumis à la Cour de justice.

La compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation de la convention, qui est prévue au paragraphe 3, ne s'étend pas non plus à toutes les dispositions de la convention, mais est limitée aux articles qui abordent des questions touchant au droit communautaire et exclut les articles concernant les sanctions, la responsabilité des chefs d'entreprise, les règles régissant la compétence et les dispositions sur la coopération juridique ainsi que les dispositions relatives à l'application du principe „*ne bis in idem*“. On peut considérer cette approche comme une nouvelle innovation par rapport à la solution adoptée précédemment dans le cas des protocoles aux conventions mentionnés plus haut, qui prévoyait la possibilité d'une interprétation étendue à toutes les dispositions, sans exception, de ces conventions et protocoles.

Les paragraphes 4, 5 et 6 sont fondés sur les dispositions en matière de décisions préjudicielles figurant dans le protocole du 29 novembre 1996 concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour

(1) JO C 316 du 27.11.1995, p. 2.

(2) JO C 316 du 27.11.1995, p. 34.

de justice des Communautés européennes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁽¹⁾. Le paragraphe 4 prévoit que la compétence de la Cour de justice en matière de décisions préjudicielles est subordonnée à son acceptation par l'Etat membre concerné sous la forme d'une déclaration. En application du paragraphe 5, la déclaration peut limiter la faculté de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel aux décisions qui ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit national. Le paragraphe 6 prévoit que le statut de la Cour de justice et son règlement de procédure s'appliquent aux procédures prévues à l'article 12.

Article 13

Entrée en vigueur

13.1. Cet article concerne l'entrée en vigueur de la convention selon les règles pertinentes établies par le Conseil en la matière. La convention entrera en vigueur quatre-vingt-dix jours après la notification visée au paragraphe 2 par l'Etat membre qui procède le dernier à cette formalité.

13.2. Comme pour la conclusion de plusieurs autres conventions entre les Etats membres, il faut aussi faire observer que le paragraphe 4 prévoit l'application anticipée de la convention, avant l'entrée en vigueur de celle-ci, dans les relations mutuelles entre les Etats membres qui ont fait une déclaration en ce sens. L'introduction d'une telle clause, qui n'existe pas dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, a une justification majeure. Pour cette convention, il est essentiel que tous les Etats membres s'engagent de façon égale dans la protection d'un intérêt commun. Toutefois, dans le cadre de la présente convention, qui n'a pas pour seul objet la protection d'un intérêt commun à tous les Etats membres, mais également des intérêts de chacun des Etats membres, rien ne s'oppose à ce que deux ou plusieurs Etats membres soient autorisés à s'en prévaloir, préalablement à son adoption par tous les Etats membres.

En ce qui concerne les cas susceptibles d'impliquer des fonctionnaires communautaires, il ne faut pas négliger le fait que, en cas d'application anticipée de la convention conformément au paragraphe 4, les Etats membres qui font une telle déclaration seront aussi obligés de mettre en oeuvre la convention en cas de corruption active et passive de cette catégorie de fonctionnaires.

Cette analyse paraît confirmée par le paragraphe 5, qui précise que même en l'absence de déclaration d'application anticipée, les dispositions de la convention peuvent tout de même s'appliquer entre deux Etats membres, sur la base de simples accords bilatéraux. Cette clause paraît essentielle pour donner à un Etat membre la possibilité d'appliquer la convention sur une base bilatérale, dans ses relations avec un autre Etat membre, sans avoir nécessairement à permettre que la convention s'applique dans ses relations avec les autres Etats membres ou à l'égard de fonctionnaires communautaires.

En tout état de cause, les dispositions de l'article 12 relatives à la Cour de justice ne s'appliqueront qu'après l'entrée en vigueur de la convention, lorsque celle-ci aura été ratifiée par tous les Etats membres.

Article 14

Adhésion de nouveaux Etats membres

Cet article concerne l'adhésion à la convention de futurs Etats membres de l'Union selon les règles déjà fixées dans d'autres instruments de l'Union. La seule particularité à signaler concerne le paragraphe 5, aux termes duquel les Etats membres adhérents ont aussi la possibilité de recourir à la clause permettant l'application anticipée au cas où la convention ne serait pas encore entrée en vigueur au moment de leur adhésion.

(1) JO C 151 du 20.5.1997, p. 2.

*Article 15**Réserves*

Cet article dispose qu'aucune réserve n'est admise, à l'exception de celles prévues expressément dans le texte de la convention et qui concernent la détermination des diverses règles qui régissent la compétence autres que le principe de stricte territorialité (article 7) et l'application du principe „*ne bis in idem*“ (article 10). Une réserve peut être retirée à tout moment par notification au secrétaire général du Conseil.

*

ACTE DU CONSEIL**du 19 juin 1997****établissant le deuxième protocole à la convention relative
à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes**

(97/C 221/02)

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article K.3 paragraphe 2 point c),

considérant que, aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, les Etats membres considèrent la lutte contre la criminalité portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes comme une question d'intérêt commun qui relève de la coopération instituée par le titre VI du traité;

considérant que le Conseil a établi, par l'acte du 26 juillet 1995⁽¹⁾, comme premier dispositif conventionnel, la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui vise plus particulièrement la lutte contre la fraude portant atteinte à ces intérêts;

considérant que, dans une deuxième étape, le Conseil a établi, par l'acte du 27 septembre 1996⁽²⁾, un protocole à la convention visant en particulier la lutte contre les actes de corruption dans lesquels des fonctionnaires, tant nationaux que communautaires, sont impliqués et qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes;

considérant que la convention doit être complétée par un deuxième protocole visant en particulier la responsabilité des personnes morales, la confiscation, le blanchiment de capitaux et la coopération entre les Etats membres et la Commission aux fins de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de la protection des données à caractère personnel en rapport avec ces intérêts;

Décide qu'est établi le deuxième protocole, dont le texte figure en annexe, qui est signé ce jour par les représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union;

Recommande son adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

FAIT à Luxembourg, le 19 juin 1997.

Par le Conseil,
Le Président,
M. DE BOER

*

(1) JO No C 316 du 27.11.1995, p. 48.

(2) JO No C 313 du 23.10.1996, p. 1.

ANNEXE

DEUXIEME PROTOCOLE
établi sur la base de l'article K.3 du traité
sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection
des intérêts financiers des Communautés européennes

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES au présent protocole, Etats membres de l'Union européenne;

Se référant à l'acte du Conseil de l'Union européenne du 19 juin 1997;

Désireuses de faire en sorte que leurs législations pénales contribuent de manière efficace à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes;

Reconnaissant l'importance de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 26 juillet 1995, pour la lutte contre la fraude touchant les recettes et les dépenses communautaires;

Reconnaissant l'importance du protocole du 27 septembre 1996 à ladite convention pour la lutte contre la corruption portant atteinte ou risquant de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes;

Conscientes du fait que les intérêts financiers des Communautés européennes peuvent être lésés ou menacés par des actes commis au nom de personnes morales et des actes visant au blanchiment de capitaux;

Convaincues de la nécessité d'adapter, le cas échéant, les législations nationales, de telle sorte qu'elles prévoient que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'actes de fraude ou de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte, qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes;

Convaincues de la nécessité d'adapter les législations nationales, le cas échéant, de manière à incriminer les actes visant au blanchiment du produit de la fraude ou de la corruption, qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, et à rendre possible la confiscation du produit de cette fraude et de cette corruption;

Convaincues de la nécessité d'adapter, le cas échéant, les législations nationales afin d'empêcher que l'entraide soit refusée uniquement parce que les infractions visées par le présent protocole concernent ou sont considérées comme des infractions en matière de taxes ou de droits de douane;

Constatant que la coopération entre les Etats membres est déjà couverte par la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 26 juillet 1995, mais qu'il est nécessaire, sans préjudice des obligations qui découlent du droit communautaire, de prévoir dans une disposition appropriée la coopération entre les Etats membres et la Commission dans le but de garantir une action efficace contre la fraude, la corruption active et passive, et le blanchiment de capitaux qui leur est lié, portant atteinte ou susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, y compris les échanges d'informations entre les Etats membres et la Commission;

Considérant qu'il est nécessaire, pour encourager et faciliter les échanges d'informations, de veiller à une protection adéquate des données à caractère personnel;

Considérant que les échanges d'informations ne doivent pas entraver les investigations en cours et qu'il est donc nécessaire de prévoir la protection du secret de l'instruction;

Considérant qu'il y a lieu d'établir des dispositions appropriées concernant la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes;

Considérant enfin qu'il convient de rendre les dispositions pertinentes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 26 juillet 1995, applicables à certains actes visés par le présent protocole,

CONVIENNENT DES DISPOSITIONS QUI SUIVENT:

Article premier

Définitions

Aux fins du présent protocole, on entend par:

- a) „convention“, la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 26 juillet 1995⁽¹⁾;
- b) „fraude“, les comportements visés à l'article 1er de la convention;
- c) – „corruption passive“, les comportements visés à l'article 2 du protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 27 septembre 1996⁽²⁾,
– „corruption active“, les comportements visés à l'article 3 du même protocole;
- d) „personne morale“, toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques;
- e) „blanchiment de capitaux“, les comportements tels qu'ils sont définis à l'article 1er troisième tiret de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux⁽³⁾, liés au produit de la fraude, du moins dans les cas graves, et de la corruption active et passive.

Article 2

Blanchiment de capitaux

Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que le blanchiment de capitaux soit érigé en infraction pénale.

Article 3

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes:

- un pouvoir de représentation de la personne morale
ou
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale
ou
- une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale,

ainsi que de la participation à la commission de ce fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux en qualité de complice ou d'instigateur, ou de la tentative de commission de ce fait de fraude.

(1) JO No C 316 du 27.11.1995, p. 49.

(2) JO No C 313 du 23.10.1996, p. 2.

(3) JO No L 166 du 28.6.1991, p. 77.

2. Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'un fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux pour le compte de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices du fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux.

Article 4

Sanctions à l'encontre des personnes morales

1. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 3 paragraphe 1 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire;
- d) une mesure judiciaire de dissolution.

2. Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 3 paragraphe 2 soit passible de sanctions ou mesures effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 5

Confiscation

Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour permettre la saisie et, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi, la confiscation ou le retrait des instruments et du produit de la fraude, de la corruption active et passive et du blanchiment de capitaux, ou des biens dont la valeur correspond à ce produit. Les instruments, produits ou biens saisis ou confisqués sont traités par l'Etat membre conformément à son droit national.

Article 6

Infractions en matière de taxes et de droits de douane

Un Etat membre ne peut refuser l'entraide judiciaire en cas de fraude, de corruption active et passive et de blanchiment de capitaux au seul motif qu'il s'agit d'une infraction en matière de taxes et de droits de douane ou de faits considérés comme tels.

Article 7

Coopération avec la Commission des Communautés européennes

1. Les Etats membres collaborent mutuellement avec la Commission dans le domaine de la lutte contre la fraude, la corruption active et passive et le blanchiment de capitaux.

A cette fin, la Commission prête toute l'assistance technique et opérationnelle nécessaire afin de faciliter la coordination des investigations engagées par les autorités nationales compétentes.

2. Les autorités compétentes des Etats membres peuvent échanger des éléments d'information avec la Commission aux fins de faciliter l'établissement des faits et d'assurer une action efficace contre la fraude, la corruption active et passive et le blanchiment de capitaux. La Commission et les autorités

nationales compétentes tiennent compte, pour chaque cas spécifique, des exigences du secret de l'instruction et de la protection des données. A cette fin, lorsqu'un Etat membre fournit des informations à la Commission, il est en droit de fixer des conditions spécifiques régissant l'utilisation de ces informations par la Commission comme par tout autre Etat membre auquel ces informations pourraient être transmises.

Article 8

Responsabilité de la Commission en matière de protection de données

La Commission veille à assurer, dans le cadre de l'échange d'éléments d'information conformément à l'article 7 paragraphe 2, et pour ce qui est du traitement des données à caractère personnel, un niveau de protection équivalent au niveau de protection prévu par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁽¹⁾.

Article 9

Publication des règles en matière de protection des données

Les règles adoptées en vertu des obligations visées à l'article 8 sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 10

Communication de données à d'autres Etats membres et à des pays tiers

1. Sous réserve de conditions prévues à l'article 7 paragraphe 2, la Commission peut communiquer à tout autre Etat membre des données à caractère personnel qu'elle a obtenues d'un Etat membre dans l'exercice de ses fonctions conformément à l'article 7. La Commission informe l'Etat membre qui a fourni ces informations de cette communication.

2. La Commission peut, dans les mêmes conditions, communiquer à tout pays tiers des données à caractère personnel qu'elle a obtenues d'un Etat membre dans l'exercice de ses fonctions conformément à l'article 7, pour autant que l'Etat membre qui a fourni les informations ait autorisé cette communication.

Article 11

Autorité de contrôle

Toute autorité désignée ou créée aux fins d'exercer la fonction du contrôle indépendant de la protection des données à l'égard de données à caractère personnel détenues par la Commission, conformément à ses fonctions en vertu du traité instituant la Communauté européenne, est compétente pour exercer la même fonction à l'égard des données à caractère personnel détenues par la Commission en vertu du présent protocole.

Article 12

Relation avec la convention

1. Les dispositions des articles 3, 5 et 6 de la convention s'appliquent aussi aux comportements visés à l'article 2 du présent protocole.

(1) JO No L 281 du 23.11.1995, p. 31.

2. Les dispositions de la convention visées ci-après s'appliquent aussi au présent protocole:
- l'article 4, étant entendu que, sauf indication contraire fournie lors de la notification prévue à l'article 16 paragraphe 2 du présent protocole, toute déclaration au sens de l'article 4 paragraphe 2 de la convention vaut également pour le présent protocole,
 - l'article 7, étant entendu que le principe „ne bis in idem“ s'applique également aux personnes morales et que, sauf indication contraire fournie lors de la notification prévue à l'article 16 paragraphe 2 du présent protocole, toute déclaration au sens de l'article 7 paragraphe 2 de la convention vaut également pour le présent protocole,
 - l'article 9,
 - l'article 10.

Article 13

Cour de justice

1. Tout différend entre Etats membres relatif à l'interprétation ou à l'application du présent protocole doit, dans une première étape, être examiné au sein du Conseil selon la procédure prévue au titre VI du traité sur l'Union européenne, en vue d'une solution.

A l'expiration d'un délai de six mois, si aucune solution n'a pu être trouvée, la Cour de justice peut être saisie par une partie au différend.

2. Tout différend entre un ou plusieurs Etats membres et la Commission, relatif à l'application de l'article 2 en liaison avec l'article 1er point e), ainsi que des articles 7, 8 et 10 et de l'article 12 paragraphe 2 quatrième tiret du présent protocole, qui n'a pu être réglé par voie de négociation, peut être soumis à la Cour de justice à l'expiration d'une période de six mois à partir de la date à laquelle l'une des parties a notifié à l'autre l'existence d'un litige.

3. Le protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes, de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 29 novembre 1996⁽¹⁾, s'applique au présent protocole, étant entendu qu'une déclaration faite par un Etat membre conformément à l'article 2 de ce protocole vaut aussi à l'égard du présent protocole sauf si l'Etat membre concerné fait une déclaration en sens contraire lors de la notification visée à l'article 16 paragraphe 2 du présent protocole.

Article 14

Responsabilité non contractuelle

Aux fins du présent protocole, la responsabilité non contractuelle de la Communauté est régie par l'article 215 deuxième alinéa du traité instituant la Communauté européenne. L'article 178 dudit traité est applicable.

Article 15

Contrôle juridictionnel

1. La Cour de justice est compétente pour se prononcer sur les recours formés par toute personne physique ou morale contre une décision de la Commission qui lui est adressée ou qui la concerne directement et individuellement, pour violation de l'article 8 ou de toute règle adoptée en application dudit article, ou détournement de pouvoir.

2. L'article 168 A paragraphes 1 et 2, l'article 173 cinquième alinéa, l'article 174 premier alinéa, l'article 176 premier et deuxième alinéas, les articles 185 et 186 du traité instituant la Communauté

⁽¹⁾ JO No C 151 du 20.5.1997, p. 1.

européenne, ainsi que le statut de la Cour de justice des Communautés européennes, sont applicables, *mutatis mutandis*.

Article 16

Entrée en vigueur

1. Le présent protocole est soumis à l'adoption des Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.
2. Les Etats membres notifient au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne l'accomplissement des procédures requises par leurs règles constitutionnelles respectives pour l'adoption du présent protocole.
3. Le présent protocole entre en vigueur quatre-vingt-dix jours après la notification prévue au paragraphe 2 par l'Etat, membre de l'Union européenne à la date de l'adoption par le Conseil de l'acte établissant le présent protocole, qui procède le dernier à cette formalité. Toutefois, si la convention n'est pas entrée en vigueur à cette date, le protocole entre en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la convention.
4. Cependant, l'application de l'article 7 paragraphe 2 est suspendue si, et aussi longtemps que, l'institution compétente des Communautés européennes ne remplit pas l'obligation de publier les règles relatives à la protection des données qui lui incombent en vertu de l'article 9, ou que les termes de l'article 11 concernant l'autorité de contrôle n'ont pas été respectés.

Article 17

Adhésion de nouveaux Etats membres

1. Le présent protocole est ouvert à l'adhésion de tout Etat qui devient membre de l'Union européenne.
2. Le texte du présent protocole dans la langue de l'Etat adhérent, établi par le Conseil de l'Union européenne, fait foi.
3. Les instruments d'adhésion sont déposés auprès du dépositaire.
4. Le présent protocole entre en vigueur à l'égard de tout Etat qui y adhère quatre-vingt-dix jours après le dépôt de son instrument d'adhésion ou à la date d'entrée en vigueur de ce protocole, si celui-ci n'est pas encore entré en vigueur au moment de l'expiration de ladite période de quatre-vingt-dix jours.

Article 18

Réserves

1. Chaque Etat membre peut se réserver le droit d'ériger en infraction pénale le blanchiment de capitaux liés au produit de la corruption active et passive, uniquement dans les cas graves de corruption active et passive. Tout Etat membre qui fait usage de cette faculté en informe le dépositaire en précisant la portée de sa réserve, au moment où il procède à la notification visée à l'article 16 paragraphe 2. Cette réserve est valable pendant une période de cinq ans à compter de ladite notification. Elle peut être prorogée une seule fois pour une période de cinq ans.
2. La république d'Autriche peut, lorsqu'elle procède à la notification prévue à l'article 16 paragraphe 2, déclarer qu'elle ne sera pas liée par les articles 3 et 4. Cette déclaration cessera d'avoir des effets cinq ans après la date d'adoption de l'acte établissant le présent protocole.
3. Aucune autre réserve n'est admise, à l'exception de celles prévues à l'article 12 paragraphe 2 premier et deuxième tirets.

*Article 19****Dépositaire***

1. Le secrétaire général du Conseil de l'Union européenne est dépositaire du présent protocole.
2. Le dépositaire publie au *Journal officiel des Communautés européennes* l'état des adoptions et adhésions, les déclarations et les réserves, ainsi que toute autre notification relative au présent protocole.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes suscriben el presente Protocolo.

TIL BEKRÆFTELSE HERAF har undertegnede befuldmægtigede underskrevet denne protokol.

ZU URKUND DESSEN haben die Bevollmächtigten ihre Unterschriften unter dieses Protokoll gesetzt.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned Plenipotentiaries have hereto set their hands.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés ont apposé leurs signatures au bas du présent protocole.

DÁ FHIANÚ SIN, chuir na Lánchumhachtaigh thíos-sínte a lámh leis an bPrótacal seo.

IN FEDE DI CHE, i plenipotenziari sottoscritti hanno apposto le loro firme in calce al presente protocollo.

TEN BLIJKE WAARVAN de ondergetekende gevolmachtigden hun handtekening onder dit protocol hebben gesteld.

EM FÉ DO QUE, os plenipotenciários abaixo assinados apuseram as suas assinaturas no presente protocolo.

TÄMÄN VAKUUDEKSI täysivaltaiset edustajat ovat allekirjoittaneet tämän pöytäkirjan.

TILL BEVIS HÄRPÅ har de befullmäktigade undertecknat detta protokoll.

Hecho en Bruselas, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, española, finesa, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa, portuguesa y sueca, siendo cada uno de estos textos igualmente auténtico, que será depositado en los archivos de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea.

Udfærdiget i Bruxelles, den nittende juni nitten hundrede og syvoghalvfems, i ét eksemplar på dansk, engelsk, finsk, fransk, græsk, irsk, italiensk, nederlandsk, portugisisk, spansk, svensk og tysk, idet hver af disse tekster har samme gyldighed; de deponeres i arkiverne i Generalsekretariatet for Rådet for Den Europæiske Union.

Geschehen zu Brüssel am neunzehnten Juni neunzehnhundertsiebenundneunzig in einer Urschrift in dänischer, deutscher, englischer, finnischer, französischer, griechischer, irischer, italienischer, niederländischer, portugiesischer, schwedischer und spanischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist; die Urschrift wird im Archiv des Generalsekretariats des Rates der Europäischen Union hinterlegt.

Done at Brussels, this nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and ninety-seven, in a single original, in the Danish, Dutch, English, Finnish, French, German, Greek, Irish, Italian, Portuguese, Spanish and Swedish languages, each text being equally authentic, such original remaining deposited in the archives of the General Secretariat of the Council of the European Union.

Fait à Bruxelles, le dix-neuf juin mil neuf cent quatre-vingt-dix-sept, en un exemplaire unique, en langues allemande, anglaise, danoise, espagnole, finnoise, française, grecque, irlandaise, italienne, néerlandaise, portugaise et suédoise, chacun de ces textes faisant également foi, exemplaire qui est déposé dans les archives du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne.

Arna dhéanamh sa Bhruiséil, an naoi lá déag de Mheitheamh sa bhliain míle naoi gcéad nócha a seacht, i scríbhinn bhunaidh amháin sa Bhéarla, sa Danmhairgis, san Fhionlainnis, sa Fhraincis, sa Ghaeilge, sa Ghearmáinis, sa Ghréigis, san Iodáilis, san Ollainnis, sa Phortaingéilis, sa Spáinnis agus sa tSualainnis agus comhúdarás ag na téacsanna i ngach ceann de na teangacha sin; déanfar an scríbhinn bhunaidh sin a thaisceadh i gcartlann Ardrúnaíocht Chomhairle an Aontais Eorpaigh.

Fatto a Bruxelles, il diciannove giugno millenovecentonovantasette, in un unico esemplare in lingua danese, finlandese, francese, greca, inglese, irlandese, italiana, olandese, portoghese, spagnola, svedese e tedesca, tutti i testi facenti ugualmente fede, esemplare depositato negli archivi del segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea.

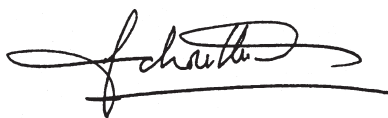
Gedaan te Brussel, de negentiende juni negentienhonderd zevenennegentig, opgesteld in één exemplaar in de Deense, de Duitse, de Engelse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Ierse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Portugese, de Spaanse en de Zweedse taal, zijnde alle teksten gelijkelijk authentiek, dat wordt nedergelegd in het archief van het Secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie.

Feito em Bruxelas, em dezanove de Junho de mil novecentos e noventa e sete, em exemplar único, nas línguas alemã, dinamarquesa, espanhola, finlandesa, francesa, grega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa, portuguesa e sueca, fazendo igualmente fé todos os textos, depositado nos arquivos do Secretariado-Geral do Conselho da União Europeia.

Tehty Brysselissä yhdeksäntenätoista päivänä kesäkuuta vuonna tuhatyhdeksänsataayhdeksänkymmentäseitsemän yhtenä ainoana kappaleena englannin, espanjan, hollannin, iirin, italian, kreikan, portugalil, ranskan, ruotsin, saksan, suomen ja tanskan kielellä, kaikkien näiden tekstien ollessa yhtä todistusvoimaiset, ja se talletetaan Euroopan unionin neuvoston pääsihteeristön arkistoon.

Utfärdad i Bryssel den nittonde juni nittonhundranittiosju i ett enda exemplar på danska, engelska, finska, franska, grekiska, iriska, italienska, nederländska, portugisiska, spanska, svenska och tyska språken, vilka samtliga texter är lika giltiga, och detta original skall deponeras i arkiven hos generalsekretariatet för Europeiska unionens råd.

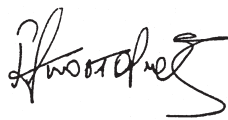
Pour le gouvernement du Royaume de Belgique
Voor de regering van het Koninkrijk België
Für die Regierung des Königreichs Belgien



For regeringen for Kongeriget Danmark



Für die Regierung der Bundesrepublik Deutschland



Por el Gobierno del Reino de España



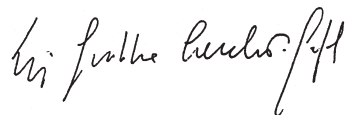
Pour le gouvernement de la République française



*Thar ceann Rialtas na hÉireann
For the Government of Ireland*



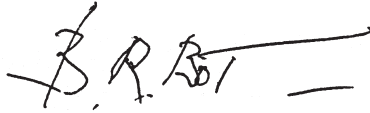
Per il governo della Repubblica italiana



Pour le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg



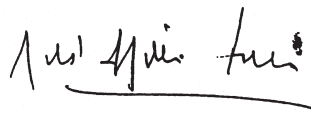
Voor de regering van het Koninkrijk der Nederlanden



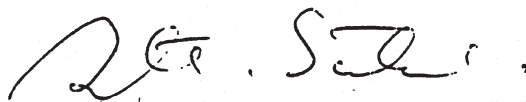
Für die Regierung der Republik Österreich



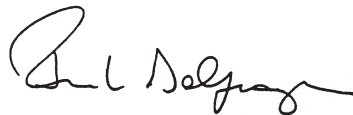
Pelo Governo da República Portuguesa



*Suomen hallituksen puolesta
På finska regeringens vägnar*



På svenska regeringens vägnar



For the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland



RAPPORT EXPLICATIF

sur le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes

(Texte approuvé par le Conseil le 12 mars 1999)

(1999/C 91/02)

I. INTRODUCTION

La convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a été établie par le Conseil et signée par les représentants des gouvernements des Etats membres le 26 juillet 1995⁽¹⁾. Cette convention (ci-après dénommée „convention“ ou „convention sur la fraude“) constitue le premier accord établi en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne (TUE) qui traite de la fraude commise aux dépens du budget des Communautés européennes. Un premier protocole à la convention a été établi et signé le 27 septembre 1996⁽²⁾. Il vise principalement les actes de corruption dans lesquels des fonctionnaires tant nationaux que communautaires sont impliqués et qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, il sera dénommé ci-après „premier protocole“ ou „protocole sur la corruption“. Le protocole concernant l'interprétation de la convention, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes a été établi et signé le 29 novembre 1996⁽³⁾. Cet instrument prévoit la possibilité pour les Etats membres d'accepter, par une déclaration faite au moment de la signature du protocole ou à tout autre moment ultérieur, la compétence de la Cour concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, de la convention et du premier protocole.

Parallèlement à l'élaboration des instruments ci-dessus sur la base du titre VI du TUE, deux instruments qui présentent un intérêt particulier dans ce contexte ont été adoptés par la Communauté européenne. Il s'agit du règlement (CE, Euratom) No 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁽⁴⁾ et d'un règlement (Euratom, CE) No 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités⁽⁵⁾.

Dans l'acte du Conseil établissant la convention, le Conseil a souligné que la convention serait complétée sous peu par d'autres instruments juridiques afin d'améliorer la protection des intérêts financiers des Communautés européennes sur le plan pénal. La Commission a présenté un projet de deuxième protocole à la convention sur la fraude au début de 1996⁽⁶⁾. Elle renvoyait à l'intention exprimée par le Conseil lors de l'établissement de la convention, ainsi qu'à la résolution du Conseil, du 6 décembre 1994 relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés⁽⁷⁾. Dans cette résolution, le Conseil demandait que soient prévues des possibilités d'infliger des sanctions à des personnes morales, et que la législation en matière de blanchiment de l'argent soit étendue à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. L'initiative et le projet de la Commission ont été repris par la présidence italienne du Conseil et, à la fin de cette présidence, l'examen du projet était bien avancé. En juin 1996, la présidence italienne a consulté le Parlement européen conformément à l'article K.6 du TUE et le Parlement a rendu son avis dans une résolution du 24 octobre 1996⁽⁸⁾. Les discussions se sont poursuivies sous la présidence irlandaise, et c'est finalement sous la présidence néerlandaise qu'un accord politique sur le projet a été établi au sein du Conseil le 26 mai 1997. Le 19 juin

(1) JO C 316 du 27.11.1995, p. 49.

(2) JO C 313 du 23.10.1996, p. 2.

(3) JO C 151 du 20.5.1997, p. 2.

(4) JO L 312 du 23.12.1995, p. 1.

(5) JO L 292 du 15.11.1996, p. 2.

(6) JO C 83 du 20.3.1996, p. 10.

(7) JO C 355 du 14.12.1994, p. 2.

(8) JO C 347 du 18.11.1996, p. 150.

1997, l'acte établissant le deuxième protocole a été adopté par le Conseil et le deuxième protocole a été signé par les représentants des gouvernements des Etats membres⁽¹⁾.

Pour ce qui est de la base juridique du deuxième protocole, il est fait référence aux observations contenues dans le point II du rapport explicatif sur la convention⁽²⁾.

L'importance de mener à terme et de mettre en oeuvre le deuxième protocole est soulignée dans le programme d'action relatif à la criminalité organisée, adopté par le Conseil le 28 avril 1997⁽³⁾, qui recommande aux Etats membres de rendre plus générale l'incrimination de blanchiment d'argent, d'améliorer encore et de structurer la coopération entre la Commission et les Etats membres dans la lutte contre la fraude affectant les intérêts financiers des Communautés européennes et le blanchiment d'argent qui y est associé, d'instituer une responsabilité des personnes morales impliquées dans des faits relevant de la criminalité organisée et de recueillir toutes informations utiles sur les personnes morales afin d'empêcher que la criminalité organisée ne pénètre l'économie légale.

*

II. COMMENTAIRE SUR LE DISPOSITIF

Article premier

Définitions

1.1. *Observations générales*

Cette disposition d'introduction contient cinq définitions de termes utilisés dans le texte du deuxième protocole. Tout en donnant la signification précise de ces termes aux fins de ce protocole, les trois premières définitions établissent en outre les liens entre ce protocole et la convention sur la fraude ainsi que son premier protocole.

1.2. *Points a) et b)*

Ces définitions établissent de manière formelle le lien entre le deuxième protocole et la convention sur la fraude, en indiquant que „convention“ renvoie à la convention sur la fraude et „fraude“ aux comportements visés dans ladite convention.

1.3. *Point c)*

Le deuxième protocole renvoie non seulement à la convention sur la fraude, mais aussi au premier protocole à cette convention, le protocole sur la corruption. Ce lien est souligné au point c), qui stipule que, dans le cadre du deuxième protocole, „corruption passive“ et „corruption active“ s'entendent dans le même sens que dans le premier protocole.

1.4. *Point d)*

Le protocole indique que par „personne morale“, on entend toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques. Dans ce contexte, on entend par „droit national“, le droit national de l'Etat membre qui prend des mesures contre une personne morale conformément au deuxième protocole.

1.5. *Point e)*

Aux fins du deuxième protocole, on entend par „blanchiment de capitaux“ les agissements définis comme tels dans la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux⁽⁴⁾ pour ce qui concerne les infractions visées par la convention sur la fraude et son premier protocole. En conséquence, aux fins du

(1) JO C 221 du 19.6.1997, p. 11.

(2) JO C 191 du 23.6.1997, p. 1.

(3) JO C 251 du 15.8.1997, p. 1.

(4) JO L 166 du 28.6.1991, p. 77.

deuxième protocole, le blanchiment de capitaux fait référence au produit de la fraude, du moins de la fraude grave, et de la corruption active et passive⁽¹⁾.

Lorsqu'il est fait référence à la directive, dans la définition du blanchiment de capitaux, l'expression „biens“ utilisée au troisième tiret de l'article 1er de la directive est définie au quatrième tiret dudit article 1er. Par conséquent, le terme „biens“ aux fins du deuxième protocole désigne „tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou des droits y relatifs“.

Article 2

Blanchiment de capitaux

En vertu de cette disposition, en liaison avec l'article 1er, point e), les Etats membres sont tenus de s'assurer que l'infraction pénale que constitue le blanchiment de capitaux dans leur législation nationale comprend également les faits de fraude, du moins de fraude grave, et de corruption active et passive en tant qu'infractions principales. Cette extension de la qualification de blanchiment d'argent a été encouragée dans le programme d'action relatif à la criminalité organisée qui recommande „de rendre l'incrimination de blanchiment des produits du crime aussi générale que possible“ (recommandation 26). Afin de mettre en pratique cette recommandation, le Conseil a adopté, le 3 décembre 1998, une action commune concernant le blanchiment de capitaux, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime⁽²⁾, qui oblige les Etats membres à prévoir une liste élargie d'infractions principales. Dans son deuxième rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en oeuvre de la directive sur le blanchiment de capitaux⁽³⁾, la Commission a annoncé son intention de proposer une extension du champ d'application de la directive sur le blanchiment de capitaux. Il convient de noter que, afin de permettre aux Etats membres de ratifier le protocole même s'ils n'ont pas encore pu mettre en oeuvre cette extension, l'article 18, paragraphe 1, du deuxième protocole prévoit une faculté de réserve temporaire pour les cas autres que ceux liés à des cas graves de corruption active et passive, valable pour une période de cinq ans et prorogeable une seule fois.

Article 3

Responsabilité des personnes morales

3.1. Observations générales

Sur la base de cette disposition, les Etats membres doivent, dans leur droit national, prévoir que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux commis pour leur compte. Le paragraphe 1 indique les critères selon lesquels la responsabilité de la personne morale doit être établie pour des infractions commises par des personnes occupant certaines positions clés („pouvoirs de direction“), tandis que le paragraphe 2 concerne la possibilité de tenir une personne morale pour responsable d'infractions commises par d'autres personnes au sein de cette personne morale. Le troisième paragraphe souligne que la responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de toute personne physique ayant eu part à la commission des infractions dont la personne morale est tenue pour responsable.

3.2. Paragraphe 1

Conformément au paragraphe 1, la responsabilité d'une personne morale pour une des infractions visées existe si au moins deux critères complémentaires sont remplis:

- i) l'infraction concernée a été commise pour le compte de la personne morale
- et
- ii) l'infraction a été commise par une personne physique qui exerce un certain pouvoir de direction au sein de la personne morale.

(1) Voir aussi l'action commune du 3 décembre 1998 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JO L 333 du 9.12.1998, p. 1).

(2) JO L 333 du 9.12.1998, p. 1.

(3) COM(1998) 401 final du 1er juillet 1998.

Selon le premier critère, un lien est établi entre l'infraction et la personne morale. L'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale. Le bénéfice éventuel peut être soit directement financier (en obtenant par exemple le produit d'une fraude au budget de la Communauté européenne) soit autre (par exemple en recevant des commandes grâce à la corruption d'un fonctionnaire). Il n'importe pas de savoir si la personne physique qui commet en personne l'infraction agit individuellement ou en tant que membre d'un organe de la personne morale.

Selon le deuxième critère, un lien est établi entre la personne physique auteur de l'infraction et la personne morale qui doit être tenue pour responsable de l'infraction. Il est précisé en outre que le „pouvoir de direction“ de la personne physique peut être déterminé sur la base d'un ou plusieurs des éléments mentionnés au paragraphe 1, qui vont d'un pouvoir de forme à un pouvoir de fond: un pouvoir de représentation de la personne morale, ou une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale. En conséquence, pour mettre en oeuvre le deuxième protocole, les Etats membres devront introduire dans leur législation nationale l'ensemble de ces trois éléments en fonction desquels le pouvoir de direction peut être déterminé.

En ce qui concerne les cas où la responsabilité d'une personne morale serait fondée sur l'autorité de l'auteur physique de l'infraction pour exercer un contrôle au sein de la personne morale, il convient de noter que le terme „contrôle“ doit être interprété en ce sens que, du fait de son pouvoir de surveillance sur la gestion de la personne morale, l'auteur physique de l'infraction exerce un pouvoir de direction au sein de la personne morale. L'autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale peut notamment résulter d'une responsabilité en matière de contrôle financier et de révision internes ou de la qualité de membre d'un organe de contrôle ou de surveillance interne à la personne morale, dans la mesure où ces attributs constituent une position clé permettant d'influer sur la gestion de la personne morale. On ne saurait dès lors prendre en compte un pouvoir de contrôle qui n'impliquerait, pour les intéressés, aucune possibilité d'influencer la gestion de la personne morale. Le paragraphe 1 ne couvre pas les personnes extérieures chargées de vérifier les comptes de la personne morale en question, par exemple des personnes employées par des cabinets d'audit.

La personne morale peut également être tenue pour responsable de l'implication de la personne physique visée au paragraphe 1 en tant que complice ou instigatrice des infractions, ou de son implication dans la tentative de fraude.

3.3. *Paragraphe 2*

Outre les cas visés au paragraphe 1, l'article 3 traite, au paragraphe 2, la situation selon laquelle une infraction visée au paragraphe 1 pourrait être commise par une personne soumise à l'autorité de la personne qui exerce un pouvoir de direction. Les Etats membres sont tenus, dans de tels cas, de prévoir des mesures contre les personnes morales si le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une des personnes qui exercent un pouvoir de direction a rendu possible la commission de l'infraction. Ainsi, le paragraphe 2 n'implique-t-il pas nécessairement une responsabilité objective de la personne morale mais peut être interprété comme couvrant seulement les cas où la personne morale en tant que telle peut se voir reprocher le comportement coupable de personnes agissant pour son compte (voir également point 4.3).

3.4. *Paragraphe 3*

L'article 3, paragraphe 3, précise que la responsabilité de la personne morale n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques qui ont, *de facto*, commis l'infraction. Il ressort de ce paragraphe que les mesures prises, par exemple, contre une société au bénéfice de laquelle une fraude a été commise par le directeur général n'excluent pas des poursuites pénales contre le directeur général lui-même.

Article 4

Sanctions à l'encontre des personnes morales

4.1. Observations générales

L'article 4 concerne les sanctions à l'encontre des personnes morales tenues pour responsables des infractions visées à l'article 3. Il reconnaît les différentes formes de responsabilité indiquées aux deux premiers paragraphes de l'article 3, et établit une distinction entre la responsabilité pour une infraction commise par une personne exerçant un pouvoir de direction et la responsabilité pour une infraction commise par une personne soumise à l'autorité d'une telle personne.

4.2. *Paragraphe 1*

Aux termes du premier paragraphe de l'article 4, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales tenues pour responsables d'une des infractions visées à l'article 3, paragraphe 1, commises par une personne exerçant un pouvoir de direction soient passibles de „sanctions effectives, proportionnées et dissuasives“, rappelant ainsi les critères appliqués à l'article 2 de la convention sur la fraude et la jurisprudence de la Cour de justice. Conformément au deuxième protocole, ces sanctions incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, dont certaines sont indiquées dans ce paragraphe. En ce qui concerne ces autres sanctions, il peut s'agir, par exemple, comme le suggère la résolution du Parlement européen du 4 octobre 1996, de mesures complémentaires telles que l'exclusion d'une personne morale de la participation à un marché public.

4.3. *Paragraphe 2*

Aux termes du paragraphe 2, les Etats membres doivent également s'assurer qu'une personne morale déclarée responsable d'un fait de fraude, de corruption ou de blanchiment de capitaux au sens de l'article 3, paragraphe 2, est passible de mesures ou sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Il s'agit des cas où le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne exerçant un pouvoir de direction a rendu possible la commission de l'infraction par une personne soumise à l'autorité d'une telle personne. Dans les cas visés à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 4, paragraphe 2, les Etats membres peuvent choisir la nature et la sévérité des mesures ou sanctions à appliquer, dès lors qu'elles sont effectives, proportionnées et dissuasives.

Il convient donc de noter que les mesures préconisées à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 4, paragraphe 2, peuvent être des sanctions pénales, mais aussi des mesures relevant du droit administratif ou du droit civil. Les sanctions ou mesures envisagées au paragraphe 2 de l'article 4 du deuxième protocole, sans devoir nécessairement être prévues par le droit pénal ou la législation administrative pénale des Etats membres, doivent, le cas échéant, avoir un caractère punitif dans le sens où elles doivent aller au-delà de la simple réparation des torts subis ou de la restitution de biens mal acquis.

Article 5

Confiscation

Afin d'assurer une coopération efficace dans la lutte contre la fraude concernant la Communauté et la corruption qui y est associée, il faut que les législations des Etats membres prévoient l'application, dans des cas analogues, de mesures minimales analogues, pour ce qui est de la saisie et de la confiscation ou du retrait des instruments ou du produit de la fraude, de la corruption active ou passive et du blanchiment de capitaux. La référence au retrait des instruments et du produit a pour but de couvrir les cas où il n'y a pas nécessairement confiscation (par exemple des affaires de droit civil visant à la réparation du préjudice ou à la restitution des biens à leur propriétaire légitime).

Les mesures de saisie, de confiscation ou de retrait prévues peuvent porter sur les instruments utilisés pour commettre les faits de fraude, de corruption active ou passive ou de blanchiment de capitaux, et sur le produit de ces infractions, mais elles peuvent porter aussi sur des biens dont la valeur correspond à ce produit. A cet égard, le terme „saisie“ couvre à la fois le „gel“ et la „saisie“ au sens de l'article 1er, point 1, de la convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 19 décembre 1988).

Les tiers de bonne foi devraient être protégés en matière de confiscation et de retrait des instruments et du produit. Il découle de la deuxième phrase de l'article 5, selon laquelle l'Etat membre en question agit conformément à son droit national, qu'il doit être répondu à la question de savoir si un tiers est de bonne foi ou non conformément à ce droit.

Article 6

Infractions en matière de taxes et de droits de douane

Cette disposition, qui porte sur la non-invocation de l'exception fiscale aux fins de l'entraide judiciaire en ce qui concerne le champ d'application du deuxième protocole, complète l'article 5, paragraphe 3, de la convention sur la fraude. Alors que celle-ci exclut l'application de l'exception fiscale dans le contexte de l'extradition, l'article 6 du deuxième protocole stipule que l'entraide judiciaire en

matière pénale ne peut être refusée au seul motif qu'il s'agit d'une infraction en matière de taxes ou de droits de douane.

La disposition elle-même est une exception à l'article 2, point a), de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959) et, bien que plusieurs dispositions analogues à celles de l'article 6 existent déjà [par exemple, à l'article 1er du protocole additionnel à la convention de 1959 (Strasbourg, 17 mars 1978) et à l'article 50 de la convention d'application de l'accord de Schengen (Schengen, 14 juin 1990)], il a été décidé qu'il convenait de l'inclure également dans ce deuxième protocole, étant donné qu'aucun de ces instruments n'était ratifié par tous les Etats membres lors de l'adoption de l'acte établissant le deuxième protocole. Les infractions „en matière de taxes“, dans le présent contexte, doivent couvrir les recettes publiques (taxes et droits) au sens de la convention.

Article 7

Coopération avec la Commission des Communautés européennes

7.1. Remarques générales

Les articles 7 et suivants organisent la coopération des Etats membres avec la Commission dans le domaine de la convention et de ses protocoles et établissent les obligations qui découlent de cette coopération pour la Commission.

Les Etats membres, parties contractantes au deuxième protocole, confient une mission à la Commission qui suppose certains engagements de la Commission visant non seulement ses relations avec les Etats membres mais également ses relations avec des particuliers pour ce qui concerne la protection des données. La Commission est disposée à accomplir cette mission et accepte la responsabilité qui lui incombe selon les dispositions pertinentes du deuxième protocole⁽¹⁾.

L'article 6 de la convention sur la fraude prévoit des règles générales en matière de coopération entre les Etats membres dans les cas de fraudes portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes. Cette disposition s'applique également au deuxième protocole, conformément à son article 12, paragraphe 1. L'article 10 du deuxième protocole arrête le principe d'un échange d'informations entre les Etats membres et la Commission aux fins de l'application de ladite convention.

L'article 7 du deuxième protocole est le prolongement de ces dispositions. Il oblige les Etats membres et la Commission à collaborer mutuellement dans le domaine de la lutte contre la fraude, la corruption active et passive et le blanchiment de capitaux. Il met ainsi en évidence que non seulement les Etats membres mais aussi la Commission ont un rôle à jouer en matière de coopération dans la lutte contre la fraude ainsi que contre la corruption active et passive et contre le blanchiment de capitaux. Le rôle de la Commission est lié aux responsabilités et obligations spécifiques qui sont les siennes en ce qui concerne l'exécution du budget et la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés conformément aux articles 205 et 209 A du traité instituant la Communauté européenne⁽²⁾. D'autre part, l'article 7 du protocole définit les règles en matière d'échange et de transmission des informations, corollaire indispensable à la collaboration mutuelle effective entre les Etats membres et la Commission.

7.2. Paragraphe 1

a) Cette disposition prévoit la collaboration entre les Etats membres et la Commission. En complément de la responsabilité première des Etats membres sur le plan de l'enquête et des poursuites judiciaires (article 6 de la convention), le paragraphe 1 de l'article 7 confère à la Commission un rôle technique et opérationnel. Le texte du paragraphe traduit le concept du partenariat au niveau de l'action antifraude.

Sont visés ici les cas de fraude en tant qu'infractions pénales. Lorsqu'au moins deux Etats membres sont affectés, les hypothèses ci-après sont notamment couvertes:

- les cas où les faits de fraude sont localisés de chaque côté d'une frontière internationale,

(1) Voir la déclaration faite, au moment de l'adoption du protocole, par la Commission au sujet de l'article 7, déclaration qui a été publiée dans le Journal officiel en même temps que le deuxième protocole.

(2) Voir articles 274 et 280 renumérotés conformément à l'article 12 et à l'annexe du traité d'Amsterdam (JO C 340 du 10.11.1997).

- les cas où, bien que la fraude soit localisée sur le territoire d'un seul Etat membre, les auteurs sont ressortissants de plusieurs pays, soit d'Etats membres, soit de pays tiers,
- les cas où la fraude étant située dans un seul Etat membre, les éléments de preuve sont disséminés sur divers territoires à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union européenne,
- les cas où les produits de la fraude ainsi que les propriétés susceptibles de confiscation sont situés hors du territoire du pays où la fraude a été commise, même en dehors de l'Union européenne,
- les cas où, bien que les faits de fraude, pris isolément, ont été commis dans un contexte national, ils constituent en réalité les maillons d'une même chaîne de fraude organisée au plan transnational.

Ces situations s'appliquent également aux cas de corruption et de blanchiment de capitaux. Dans tous ces cas, une coopération mutuelle entre les Etats membres et la Commission est prévue.

- b) Le rôle de la Commission est spécifié davantage au second alinéa. Aux fins de la mise en oeuvre de la coopération, il est prévu que la Commission prête son assistance. Lorsque des faits de fraude sont commis dans un seul Etat membre, il peut néanmoins exister des liens avec des réseaux organisés dans plusieurs Etats membres. Une coopération rapide et fructueuse entre les autorités compétentes, tant au niveau des Etats membres qu'au niveau communautaire, est de nature à favoriser le succès de l'enquête et des poursuites.

Le rôle attribué à la Commission est désigné par le terme d'„assistance“. L'assistance est fonction des circonstances et des besoins appréciés au cas par cas. Elle a pour vocation d'apporter une plus-value aux investigations sur les faits ainsi qu'aux poursuites et à la répression judiciaire dans les cas de fraude dont les autorités nationales sont saisies, en garantissant la disponibilité des compétences et du savoir-faire nécessaires. Ce concept doit être interprété dans son acception la plus ouverte et non limitative.

Il est clair que le rôle reconnu à la Commission est sans préjudice de l'exercice des pouvoirs conférés aux autorités judiciaires des Etats membres en matière pénale. Les autorités des Etats membres ont accès à la gamme complète des instruments juridiques nationaux et internationaux, y compris la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et ses protocoles pour leur permettre de combattre la fraude, en particulier lorsqu'il s'agit de la criminalité financière organisée. Le paragraphe n'apporte aucune modification aux instruments juridiques nationaux et internationaux; il a uniquement trait à l'assistance de la Commission dans leur mise en oeuvre. L'assistance peut prendre deux formes qui doivent être différenciées: l'une technique et l'autre opérationnelle.

- c) Le volet „assistance technique“ représente la plus-value que la Commission apporte dans toutes les matières relevant de la réglementation communautaire. L'expertise documentaire ou logistique qu'elle peut mettre à la disposition de la lutte contre la fraude est ici importante. Peuvent ainsi être utilement exploitées l'ensemble des données de nature stratégique qu'elle détient pour identifier les tendances actuelles des activités de fraude, la typologie des fraudeurs ou organisations spécialisées dans ces activités frauduleuses, ainsi que l'analyse des risques liés à la vulnérabilité à la fraude de certains secteurs d'activités.

Au plan logistique, les autorités judiciaires ou celles chargées des poursuites peuvent avoir besoin d'accéder à diverses bases de données de la Commission concernant des activités économiques potentiellement pertinentes, bases qu'elles ne peuvent consulter sans l'assistance de la Commission.

L'assistance technique comprend également les potentialités offertes par la cellule d'expertise pénale de l'Unité de coordination de la lutte antifraudes (UCLAF), expérimentée en ce qui concerne le détail des législations, y compris les systèmes nationaux. Toutes les autorités chargées des poursuites peuvent ainsi recourir à cette expertise en vue notamment de préparer les demandes à adresser aux autorités judiciaires d'un ou plusieurs autres Etats membres.

- d) Le volet „assistance opérationnelle“ concerne spécifiquement les activités sur le terrain de la lutte contre la fraude, la corruption et le blanchiment de capitaux; il vise l'ensemble des contributions que la Commission est en mesure de mettre au service d'une meilleure efficacité de l'action répressive, pour faciliter la coordination des investigations engagées par les autorités nationales.

Certes, les enquêtes et poursuites engagées dans les domaines visés à l'article 7 relèvent des autorités compétentes des Etats membres, qu'elles soient judiciaires ou autres. Toutefois, l'assistance opérationnelle fournie par la Commission peut s'avérer utile au bon déroulement des investigations, notamment en permettant:

- d’identifier et de contacter les autorités compétentes et d’établir des liens aux fins d’information et d’opérations, créant ainsi des passerelles entre les investigations administratives et l’enquête pénale,
- d’établir ou de faciliter les contacts directs entre les autorités compétentes concernées,
- d’organiser, si nécessaire ou sur demande, avec célérité, des réunions entre les autorités compétentes,
- de promouvoir et de faciliter les rapports entre les différentes autorités compétentes des pays concernés, dans les cas de fraude transnationale organisée,
- de fournir aux autorités nationales compétentes l’aide dont elles ont besoin pour bénéficier de la manière la plus efficace et la plus rapide des résultats d’enquêtes effectuées par la Commission et des opportunités offertes par la coopération administrative internationale,
- de prêter assistance aux autorités nationales compétentes dans le but de tirer pleinement profit des possibilités qu’offrent les accords internationaux de coopération judiciaire. Cette assistance peut, le cas échéant, comporter la communication d’informations aux fins de la préparation de demandes de coopération judiciaire,
- de faciliter les contacts nécessaires avec les autorités compétentes pour des dossiers de fraude internationale organisée, afin de promouvoir l’application de l’article 6, paragraphe 2, de la convention sur la fraude (centralisation des poursuites).

7.3. Paragraphe 2

Le paragraphe 2 vise l’échange d’informations, soumis aux exigences du secret de l’instruction et de la protection des données personnelles.

- a) Le paragraphe 2 a pour objet d’indiquer qu’en principe, il ne doit pas y avoir d’obstacle à l’échange d’informations entre les Etats membres et la Commission, ou entre les Etats membres eux-mêmes par l’intermédiaire de la Commission. L’échange d’informations suppose un flux d’informations dans les deux sens.

Cet échange d’informations vise à faciliter l’établissement des faits et à assurer une action préventive ou répressive contre la fraude, la corruption active et passive et le blanchiment de capitaux. Ce type d’action peut comprendre un contrôle administratif plus intense dans les cas où on peut s’attendre à de réelles irrégularités, mais également le développement d’une stratégie cohérente en matière de contrôle et d’enquête.

Le paragraphe ne précise pas les types d’informations susceptibles d’être échangées. Il n’y a pas de raison de les limiter. Eu égard à tous les cas de coopération possible, le besoin d’information peut porter sur toute une gamme de données concrètes propres à chaque cas. La nature concrète de l’information dépendra des progrès des enquêtes au moment où la coopération s’instaure, et naturellement, des particularités de l’affaire déterminant l’information nécessaire à de nouvelles actions.

L’information échangée en vertu du paragraphe 2 peut, par exemple, concerner:

- la nature de la fraude, y compris son contexte juridique,
- le *modus operandi*,
- les personnes morales et physiques impliquées et plus généralement les informations à caractère personnel.

- b) Le paragraphe 2 impose deux exigences aux échanges d’informations: la protection des données et le secret de l’instruction. Chaque situation particulière est évaluée séparément, sur la base des circonstances de fait.

La protection des données personnelles dans le processus d’échange d’informations est garantie par des dispositions particulières du deuxième protocole (voir les articles 8, 9, 10 et 11).

Le droit national des Etats membres s’applique au secret de l’instruction. En ce qui concerne la Commission, le droit communautaire prévoit le principe du secret des affaires [article 214 du traité instituant la Communauté européenne⁽¹⁾].

(1) Article 287 renuméroté conformément à l’article 12 et à l’annexe du traité d’Amsterdam.

Il conviendrait de tenir compte, au cas par cas, des particularités et des besoins inhérents aux investigations de dimension transnationale concernant les intérêts financiers de la Communauté.

- c) Le paragraphe 2 de l'article 7 permet également à l'Etat membre qui fournit des informations, de prévoir des conditions spécifiques quant à l'utilisation de celles-ci, que ce soit par la Commission ou par un autre Etat membre auquel la Commission les a transmises.

Ainsi, un Etat membre peut, par exemple, fixer à l'intention de ses autorités compétentes des dispositions générales ou spécifiques pouvant servir de base à des conditions spécifiques d'utilisation des informations, conditions qui, tout en étant conformes au droit national, assurent un niveau de protection équivalent à celui prévu par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁽¹⁾. Ce faisant, les Etats membres devraient, au cas par cas, tenir compte des particularités et des besoins inhérents aux investigations transnationales concernant les intérêts financiers des Communautés.

Article 8

Responsabilité de la Commission en matière de protection des données

La Commission veille, dans le cadre de l'échange d'éléments d'information conformément à l'article 7, paragraphe 2, et pour ce qui est du traitement par elle des données à caractère personnel, au respect d'un niveau de protection équivalent au niveau de protection prévu par la directive 95/46/CE. Par une déclaration au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption de cette directive, la Commission a accepté les obligations découlant de cette dernière. Autant les principes repris dans les considérants que les dispositions adoptant cette directive constitueront le cadre de la référence légale de la protection de toutes les informations visées à l'article 7⁽²⁾.

Le type d'assistance que la Commission sera en mesure de fournir aux Etats membres, tel qu'il est décrit dans les commentaires sur l'article 7, impliquerait que les Etats membres communiquent leurs données de toute catégorie, y compris les données à caractère personnel, à la Commission, qui procéderait au traitement de celles-ci. Etant donné qu'inévitablement la Commission devrait, pour traiter ces données, constituer ses propres systèmes d'archivage, il a été estimé nécessaire d'introduire dans le protocole des dispositions assurant le respect par la Commission des règles relatives à la protection des données à caractère personnel et à la protection de la confidentialité. Ces règles définiront les conditions de la légalité du traitement des données à caractère personnel par la Commission, y compris les conditions relatives à la qualité des données et à la légitimité du traitement des données, au droit des intéressés de consulter leurs données personnelles, de s'opposer à leur traitement et de demander leur rectification.

Article 9

Publication des règles en matière de protection des données

Les règles adoptées en vertu des obligations visées à l'article 8 sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*. Les dispositions relatives à la protection des données auront une portée juridique obligatoire. Elles feront partie du système normatif communautaire de protection des données.

A ce sujet, il convient de relever qu'en vertu de l'article 16, paragraphe 4, du deuxième protocole, l'échange d'informations par les Etats membres avec la Commission en application de l'article 7, paragraphe 2, est suspendu si, et aussi longtemps que, les règles adoptées conformément à l'article 8 n'ont pas encore été publiées au *Journal officiel*.

(1) JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

(2) Cet article est conforme aux dispositions de l'article 286 du traité CE, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam, concernant l'application aux institutions des dispositions de droit communautaire en matière de protection des données.

Article 10

Communication de données à d'autres Etats membres et à des pays tiers

10.1. *Observations générales*

Cet article traite de la question de savoir quelles sont les conditions auxquelles la Commission peut communiquer à d'autres Etats membres ou à des Etats tiers des données à caractère personnel obtenues d'un Etat membre dans le cadre de la coopération visée à l'article 7.

10.2. *Paragraphe 1*

En principe, rien ne s'oppose à la transmission d'informations à d'autres Etats membres, en tenant compte du secret de l'enquête et sous réserve du respect des conditions que l'Etat membre fournisseur des données peut avoir fixées à l'utilisation des informations concernées soit par la Commission, soit par les Etats membres auxquels ces informations pourraient être transmises.

L'Etat membre qui a fourni les informations, doit être préalablement informé de toute intention de transmettre à d'autres ces informations. Il a ainsi la possibilité de vérifier les conditions (article 7, paragraphe 2) relatives à la transmission des informations envisagée ainsi que la mise à jour ou non et l'exactitude des informations destinées à être transmises.

L'Etat membre devrait tenir compte de la nécessité de procéder à cette vérification sans tarder afin d'éviter toute complication de procédure inutile pour la transmission des informations.

10.3. *Paragraphe 2*

En ce qui concerne la communication de données personnelles par la Commission à des Etats tiers, la situation est différente. La Commission ne peut communiquer ces données à un Etat tiers que si l'Etat membre qui les a fournies a autorisé cette communication. Cela permet ainsi, comme c'est le cas en vertu du chapitre IV de la directive 95/46/CE, à l'Etat membre qui a fourni les données d'apprécier si le niveau de protection accordé par l'Etat tiers concerné à ces données est satisfaisant.

Article 11

Autorité de contrôle

Cet article doit être mis en rapport avec l'article 28 de la directive 95/46/CE qui prévoit que, dans chacun des Etats membres, „une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la présente directive“.

L'obligation du Parlement et du Conseil d'établir avant le 1er janvier 1999, sur le plan communautaire, une autorité de contrôle de la protection des données est prévue à l'article 286, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam. L'article 11 du deuxième protocole précise que cette autorité de contrôle sera compétente pour exercer les mêmes fonctions en ce qui concerne les données à caractère personnel détenues par la Commission en application du deuxième protocole.

Article 12

Relation avec la convention

12.1. *Paragraphe 1*

Le paragraphe 1 fait référence à des dispositions spécifiques de la convention sur la fraude, qu'il déclare applicables au blanchiment de capitaux visés à l'article 2 du deuxième protocole. Les dispositions pertinentes de la convention peuvent être résumées comme suit:

- l'article 3 établit que les chefs d'entreprise peuvent être déclarés pénalement responsables,
- l'article 5 porte sur l'extradition et la règle *aut dedere aut judicare*,
- l'article 6 établit le principe d'une coopération étroite entre les Etats membres en cas de fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Ces trois principes s'appliquent sans restriction aux comportements visés à l'article 2.

12.2. *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2 prévoit que certaines dispositions de la convention s'appliquent au deuxième protocole. Ces dispositions peuvent être résumées comme suit:

- l'article 4 établit des règles de compétence à l'égard des infractions concernées. Les déclarations faites en vertu de l'article 4, paragraphe 2, valent également pour le deuxième protocole, sauf indication contraire au moment de la ratification du deuxième protocole,
- l'article 7 établit la règle du *ne bis in idem*, applicable également aux questions qui relèvent du deuxième protocole. Les déclarations faites en vertu de l'article 7, paragraphe 2, valent également pour le deuxième protocole sauf indication contraire au moment de la ratification de ce protocole. Il convient de noter, en ce qui concerne l'exécution des décisions, qu'il peut y avoir dans certains cas sursis probatoire à l'exécution de la peine,
- l'article 9 permet aux Etats membres d'adopter des dispositions de droit national allant au-delà des dispositions de la convention. De même, le deuxième protocole constitue un ensemble de normes minimales,
- l'article 10 contient, entre autres, les dispositions concernant la communication d'informations par les Etats membres à la Commission, et il s'applique également aux questions relevant du deuxième protocole.

Article 13

Cour de justice

13.1. *Observations générales*

Cet article précise la compétence dévolue à la Cour de justice des Communautés européennes dans le règlement des différends entre Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres et la Commission, relatifs à l'interprétation ou à l'application du deuxième protocole, ainsi que la compétence de la Cour de justice en matière de décisions préjudicielles.

13.2. *Paragraphes 1 et 2*

Le paragraphe 1 précise les conditions dans lesquelles la Cour de justice est compétente pour statuer sur des différends entre Etats membres. Le paragraphe 2 concerne les différends entre les Etats membres et la Commission. Ces dispositions du deuxième protocole reprennent, autant que possible, le libellé de l'article 8 de la convention sur la fraude et celui de l'article 8 du premier protocole, dans le but d'assurer la cohérence entre les trois instruments. On trouvera des commentaires détaillés dans le rapport explicatif à la convention.

13.3. *Paragraphe 3*

Le paragraphe 3 établit que le protocole du 29 novembre 1996 concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes, de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes s'applique au deuxième protocole. De même, ce protocole s'applique à la convention et au premier protocole. Les déclarations faites conformément audit protocole valent à l'égard du deuxième protocole, sauf indication contraire au moment de la ratification du deuxième protocole.

Article 14

Responsabilité non contractuelle

Cet article confirme l'application, aux actes de la Commission effectués en vertu du deuxième protocole, des règles communautaires relatives à la responsabilité non contractuelle de la Communauté établies aux articles 288 et 235 du traité instituant la Communauté européenne (tels que renumérotés par le traité d'Amsterdam)⁽¹⁾.

Etant donné que l'on ne peut exclure que les activités de la Commission au titre du deuxième protocole puissent donner lieu à des demandes en dédommagement déposées par des personnes dont les

(1) Antérieurement articles 215 et 178.

données à caractère personnel sont traitées par la Commission, il a été estimé nécessaire de confirmer que, également dans un cas où la Commission agit en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par des instruments autres que le traité CE, la responsabilité non contractuelle de la Communauté est engagée conformément aux dispositions de l'article 288, paragraphe 2, du traité CE, tel que modifié par le traité d'Amsterdam⁽¹⁾.

En outre, il est clair que la Cour de justice des Communautés européennes est compétente à l'égard des différends relatifs à la réparation des dommages causés par la Commission ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions au titre du deuxième protocole.

Article 15

Contrôle juridictionnel

Conformément à l'article 22 de la directive 95/46/CE concernant la protection des données, les Etats membres prévoient que chaque personne dispose d'un recours juridictionnel pour toute violation des droits qui lui sont garantis par les dispositions nationales applicables au traitement de données pertinentes. Ces droits comprennent un droit de consultation, de rectification, d'effacement ou de verrouillage des données lorsqu'elles sont incomplètes, inexactes, ou trop anciennes pour être conservées ainsi que le droit de prendre contact avec l'autorité de contrôle.

Les règles qui seront adoptées conformément à l'article 8 du deuxième protocole devront inclure des dispositions assurant aux personnes concernées de tels droits en ce qui concerne les données à caractère personnel traitées par la Commission.

Conformément au paragraphe 1 de l'article 15, la Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour se prononcer sur les recours formés par toute personne physique ou morale contre une décision (y compris le refus de prendre une décision) de la Commission prise sur la base des règles adoptées par elle conformément à l'article 8. La Cour de justice pourra également apprécier, à cet égard, si la Commission s'est pleinement acquittée de ses obligations en vertu de l'article 8.

Le libellé de l'article 15, paragraphe 1, est largement inspiré de celui du quatrième alinéa de l'article 230 du traité CE (tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽²⁾, en liaison avec le deuxième alinéa dudit article 230.

Les références à plusieurs autres dispositions du traité CE qui figurent à l'article 15, paragraphe 2, ont pour but de préciser:

- a) que le Conseil peut décider, conformément à la procédure prévue à l'article 225, paragraphes 1 et 2, du traité CE (tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽³⁾, de donner compétence au Tribunal de première instance dans les cas visés à l'article 15, paragraphe 1;
- b) les délais à observer pour former un recours devant la Cour de justice (article 230, cinquième alinéa, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽⁴⁾;
- c) la nature de la décision que peut rendre la Cour de justice sur les recours formés devant elle (article 231, premier alinéa, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽⁵⁾;
- d) l'effet juridique pour la Commission, d'une décision de la Cour de justice (article 233, premier et deuxième alinéas, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽⁶⁾;
- e) l'effet juridique d'un recours formé devant la Cour de justice (article 242, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽⁷⁾;
- f) que la Cour de justice peut prescrire les mesures provisoires qu'elle juge nécessaires (article 243, tel que renuméroté par le traité d'Amsterdam)⁽⁸⁾.

(1) Antérieurement article 215, paragraphe 2.

(2) Antérieurement article 173.

(3) Antérieurement article 168 A.

(4) Antérieurement article 173.

(5) Antérieurement article 174.

(6) Antérieurement article 176.

(7) Antérieurement article 185.

(8) Antérieurement article 186.

*Article 16****Entrée en vigueur***

Cet article concerne l'entrée en vigueur du deuxième protocole qui ne peut précéder celle de la convention sur la fraude.

*Article 17****Adhésion de nouveaux Etats membres***

Cet article concerne l'adhésion de nouveaux Etats membres de l'Union européenne au deuxième protocole.

*Article 18****Réserves****18.1. Paragraphe 1*

Dans certains Etats membres, le blanchiment de capitaux liés au produit de la corruption active et passive ne constitue une infraction pénale que dans les cas graves de corruption. Afin de permettre à ces Etats membres de ratifier le protocole sans retard, il leur a été donné la possibilité d'émettre une réserve sur ce point. Pour garantir que la nécessité d'une telle réserve soit périodiquement réexaminée, sa validité est limitée à une durée de cinq ans à compter de la date de notification de l'adoption du protocole conformément à l'article 16, paragraphe 2. Au bout de cinq ans, la réserve peut être renouvelée une fois afin de rester valable. Par conséquent, après une période maximale de dix ans à partir de la date de notification de la ratification par le dernier Etat membre, les réserves émises concernant la portée du blanchiment de capitaux cesseront d'avoir effet.

18.2. Paragraphe 2

Depuis le début des négociations sur le deuxième protocole, la question de la responsabilité des personnes morales et des sanctions qui leur sont applicables crée des problèmes pour l'Autriche, la notion de responsabilité pénale pour des personnes morales n'existant pas dans sa législation. Il a été estimé que c'était plutôt un problème pratique qu'une question de fond, et donc que l'Autriche aurait besoin de plus de temps que les autres Etats membres pour mettre en oeuvre les articles 3 et 4. Pour s'assurer que ce problème spécifique ne retarde pas l'entrée en vigueur finale de l'ensemble du protocole pour tous les Etats membres, et pour encourager l'Autriche à adapter sa législation, il lui a été donné la possibilité d'émettre une réserve pour une durée de cinq ans sur ces deux articles. Contrairement à la réserve prévue à l'article 8, paragraphe 1, celle-ci ne peut être prorogée et cesse d'avoir des effets, cinq ans après la date d'adoption de l'acte du Conseil établissant le protocole, c'est-à-dire le 19 juin 2002.

18.3. Paragraphe 3

Etant donné que, conformément à l'article 12, paragraphe 2, les articles 4 et 7 de la convention sur la fraude s'appliquent également au deuxième protocole, les réserves qui ont été acceptées dans le cadre de ces dispositions de la convention sont également d'application dans le contexte du deuxième protocole. Chacune de ces réserves peut être levée à tout moment sur notification au secrétaire général du Conseil.

*

CONVENTION PENALE SUR LA CORRUPTION (Strasbourg, 27.1.1999)

Préambule

LES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE et les autres Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres;

Reconnaissant l'importance de renforcer la coopération avec les autres Etats signataires de la présente Convention;

Convaincus de la nécessité de poursuivre, en tant que priorité, une politique pénale commune tendant à la protection de la société contre la corruption, y compris par l'adoption d'une législation appropriée et des mesures préventives adéquates;

Soulignant que la corruption constitue une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société;

Convaincus que l'efficacité de la lutte contre la corruption passe par une coopération internationale pénale intensifiée, rapide et adaptée en matière pénale;

Se félicitant des développements récents qui contribuent à améliorer la prise de conscience et la coopération au niveau international dans la lutte contre la corruption, y compris des actions menées par les Nations Unies, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation des Etats américains, l'OCDE et l'Union européenne;

Eu égard au Programme d'action contre la corruption, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en novembre 1996, à la suite des recommandations de la 19e Conférence des ministres européens de la Justice (La Valette, 1994);

Rappelant dans ce contexte l'importance de la participation des Etats non membres aux activités du Conseil de l'Europe contre la corruption et se félicitant de leur contribution précieuse à la mise en oeuvre du Programme d'action contre la corruption;

Rappelant en outre que la Résolution No 1 adoptée par les ministres européens de la Justice lors de leur 21e Conférence (Prague, 1997) appelle à la mise en oeuvre rapide du Programme d'action contre la corruption et recommande, en particulier, l'élaboration d'une convention pénale sur la corruption prévoyant l'incrimination coordonnée des infractions de corruption, une coopération renforcée dans la poursuite de telles infractions et un mécanisme de suivi efficace ouvert aux Etats membres et aux Etats non membres sur un pied d'égalité;

Gardant à l'esprit que les chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe ont décidé, lors de leur Deuxième Sommet qui s'est tenu à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997, de rechercher des réponses communes aux défis posés par l'extension de la corruption et ont adopté un Plan d'action qui, visant à promouvoir la coopération dans la lutte contre la corruption, y compris ses liens avec le crime organisé et le blanchiment de l'argent, charge le Comité des Ministres notamment de conclure rapidement les travaux d'élaboration d'instruments juridiques internationaux, conformément au Programme d'action contre la corruption;

Considérant de surcroît que la Résolution (97) 24 portant les 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée le 6 novembre 1997 par le Comité des Ministres à l'occasion de sa

101e Session, souligne la nécessité de conclure rapidement l'élaboration d'instruments juridiques internationaux, en exécution du Programme d'action contre la corruption;

Eu égard à l'adoption lors de la 102e Session du Comité des Ministres, le 4 mai 1998, de la Résolution (98) 7 portant autorisation de créer l'Accord partiel élargi établissant le „Groupe d'Etats contre la Corruption – GRECO“, institution qui a pour objet d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en oeuvre de leurs engagements dans ce domaine,

SONT CONVENUS DE CE QUI SUIT:

Chapitre I – Terminologie

Article 1

Terminologie

Aux fins de la présente Convention:

- a l'expression „agent public“ est interprétée par référence à la définition de „fonctionnaire“, „officier public“, „maire“, „ministre“ ou „juge“ dans le droit national de l'Etat dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;
- b le terme „juge“ qui figure à l'alinéa a ci-dessus comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires;
- c dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre Etat, l'Etat qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national;
- d „personne morale“ s'entend de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2

Corruption active d'agents publics nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à l'un de ses agents publics, pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Article 3

Corruption passive d'agents publics nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait pour un de ses agents publics de solliciter ou de recevoir, directement ou indirectement, tout avantage indu pour lui-même ou quelqu'un d'autre ou d'en accepter l'offre ou la promesse afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4

Corruption de membres d'assemblées publiques nationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils

impliquent toute personne membre d'une quelconque assemblée publique nationale exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs.

Article 5

Corruption d'agents publics étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent un agent public de tout autre Etat.

Article 6

Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent toute personne membre d'une quelconque assemblée publique exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs de tout autre Etat.

Article 7

Corruption active dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

Article 8

Corruption passive dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait pour toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

Article 9

Corruption de fonctionnaires internationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, au sens du statut des agents, de toute organisation publique internationale ou supranationale dont la Partie est membre, ainsi que toute personne, qu'elle soit détachée ou non auprès d'une telle organisation, qui exerce des fonctions correspondant à celles desdits fonctionnaires ou agents.

Article 10

Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés à l'article 4 lorsqu'ils impliquent

toute personne membre d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale ou supranationale dont la Partie est membre.

Article 11

Corruption de juges et d'agents de cours internationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent toute personne exerçant des fonctions judiciaires au sein d'une cour internationale dont la compétence est acceptée par la Partie ou tout fonctionnaire au greffe d'une telle cour.

Article 12

Trafic d'influence

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à titre de rémunération à quiconque affirme ou confirme être capable d'exercer une influence sur la prise de décision de toute personne visée aux articles 2, 4 à 6 et 9 à 11, que l'avantage indu soit pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, ainsi que le fait de solliciter, de recevoir ou d'en accepter l'offre ou la promesse à titre de rémunération pour ladite influence, que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence supposée produise ou non le résultat recherché.

Article 13

Blanchiment du produit des délits de la corruption

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés dans la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE No 141), à l'article 6, paragraphes 1 et 2, dans les conditions y prévues, lorsque l'infraction principale est constituée par l'une des infractions établies en vertu des articles 2 à 12 de la présente Convention, dans la mesure où la Partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions ou ne considère pas ces infractions comme des infractions graves au regard de la législation relative au blanchiment de l'argent.

Article 14

Infractions comptables

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction passible de sanctions pénales ou autres types de sanctions, conformément à son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, les actes ou omissions suivants, destinés à commettre, dissimuler ou déguiser des infractions visées par les articles 2 à 12, dans la mesure où la Partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration:

- a établir ou utiliser une facture ou tout autre document ou écriture comptable qui contient des informations fausses ou incomplètes;
- b omettre de manière illicite de comptabiliser un versement.

Article 15

Actes de participation

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, tout acte de complicité d'une des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention.

*Article 16****Immunité***

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité.

*Article 17****Compétence***

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence relativement à une infraction pénale établie en vertu des articles 2 à 14 de la présente Convention, lorsque:

- a l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire;
- b l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, un de ses agents publics ou un de ses membres d'assemblées publiques nationales;
- c l'infraction implique l'un de ses agents publics ou membres de ses assemblées publiques nationales ou toute personne visée aux articles 9 à 11, qui est en même temps un de ses ressortissants.

2 Chaque Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, préciser qu'il se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphes 1 b et c du présent article ou une partie quelconque de ces paragraphes.

3 Lorsqu'une Partie a fait usage de la possibilité de réserve prévue au paragraphe 2 du présent article, elle adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence relativement aux infractions pénales, établies en vertu de la présente Convention, lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie au seul titre de sa nationalité, après une demande d'extradition.

4 La présente Convention n'exclut pas l'exercice par une Partie de toute compétence pénale établie conformément à son droit interne.

*Article 18****Responsabilité des personnes morales***

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux établies en vertu de la présente Convention, lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes:

- un pouvoir de représentation de la personne morale; ou
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale; ou
- une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale;

ainsi que de la participation d'une telle personne physique en qualité de complice ou d'instigatrice à la commission des infractions mentionnées ci-dessus.

2 Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité.

3 La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices des infractions mentionnées au paragraphe 1.

Article 19

Sanctions et mesures

1 Compte tenu de la gravité des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention, chaque Partie prévoit, à l'égard des infractions établies conformément aux articles 2 à 14, des sanctions et des mesures effectives, proportionnées et dissuasives incluant, lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques, des sanctions privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition.

2 Chaque Partie s'assure qu'en cas de responsabilité établie en vertu de l'article 18, paragraphes 1 et 2, les personnes morales soient passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires.

3 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer ou de priver autrement des instruments et des produits des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention, ou des biens dont la valeur correspond à ces produits.

Article 20

Autorités spécialisées

Chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour que des personnes ou des entités soient spécialisées dans la lutte contre la corruption. Elles disposeront de l'indépendance nécessaire, dans le cadre des principes fondamentaux du système juridique de la Partie, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et libres de toute pression illicite. Les Parties veillent à ce que le personnel desdites entités dispose d'une formation et des ressources financières adaptées aux fonctions qu'elles exercent.

Article 21

Coopération entre autorités nationales

Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les autorités publiques, ainsi que tout agent public, coopèrent, en conformité avec le droit national, avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales:

- a en informant les autorités en question, de leur propre initiative, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer que l'une des infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 a été commise; ou
- b en fournissant, sur demande, aux autorités en question toutes les informations nécessaires.

Article 22

Protection des collaborateurs de justice et des témoins

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour assurer une protection effective et appropriée:

- a aux personnes qui fournissent des informations concernant des infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 ou qui collaborent d'une autre manière avec les autorités chargées des investigations ou des poursuites;
- b aux témoins qui font une déposition concernant de telles infractions.

Article 23

Mesures visant à faciliter la collecte de preuves et la confiscation des produits

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres, y compris celles permettant l'utilisation de techniques d'investigation spéciales conformément à la législation nationale, qui se révèlent nécessaires

pour faciliter la collecte de preuves relatives aux infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 et pour lui permettre d'identifier, de rechercher, de geler et de saisir les instruments et les produits de la corruption ou des biens dont la valeur correspond à ces produits, susceptibles de faire l'objet de mesures aux termes du paragraphe 3 de l'article 19 de la présente Convention.

2 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour habiliter ses tribunaux ou ses autres autorités compétentes à ordonner la communication ou la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux afin de mettre en oeuvre les mesures visées au paragraphe 1 du présent article.

3 Le secret bancaire ne constitue pas un obstacle aux mesures définies aux paragraphes 1 et 2 du présent article.

Chapitre III – Suivi de la mise en oeuvre

Article 24

Suivi

Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) assure le suivi de la mise en oeuvre de la présente Convention par les Parties.

Chapitre IV – Coopération internationale

Article 25

Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

1 Les Parties coopèrent, conformément aux dispositions des instruments internationaux pertinents sur la coopération internationale en matière pénale ou aux arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques et à leur droit national, dans la mesure la plus large possible les unes avec les autres, aux fins d'investigations et de procédures concernant les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention.

2 Lorsque aucun instrument international ou arrangement parmi ceux visés au paragraphe 1 ci-dessus n'est en vigueur entre les Parties, les articles 26 à 31 du présent chapitre s'appliquent.

3 Les articles 26 à 31 du présent chapitre s'appliquent également lorsqu'ils sont plus favorables que les dispositions contenues dans les instruments internationaux ou arrangements visés au paragraphe 1 ci-dessus.

Article 26

Entraide

1 Les Parties s'accordent l'entraide la plus large possible pour traiter sans délai des requêtes émanant des autorités qui sont habilitées, en vertu de leurs lois nationales, à enquêter sur ou à poursuivre les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention.

2 L'entraide au sens du paragraphe 1 du présent article peut être refusée si la Partie requise considère que le fait d'accéder à la demande serait de nature à porter atteinte à ses intérêts fondamentaux, à la souveraineté nationale, à la sécurité nationale ou à l'ordre public.

3 Les Parties ne sauraient invoquer le secret bancaire pour justifier leur refus de coopérer en vertu du présent chapitre. Lorsque son droit interne l'exige, une Partie peut exiger qu'une demande de coopération qui impliquerait la levée du secret bancaire soit autorisée, soit par un juge, soit par une autre autorité judiciaire, y compris le ministère public, ces autorités agissant en matière d'infractions pénales.

*Article 27****Extradition***

1 Les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention sont considérées comme incluses dans tout traité d'extradition en vigueur entre les Parties en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition. Les Parties s'engagent à inclure ces infractions dans tout traité d'extradition qu'elles concluront en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition.

2 Si une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'une Partie avec laquelle elle n'a pas conclu pareil traité, elle peut considérer la présente Convention comme base légale de l'extradition pour toutes les infractions établies conformément à la présente Convention.

3 Les Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions établies conformément à la présente Convention en tant qu'infractions donnant lieu à extradition.

4 L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition.

5 Si l'extradition demandée à raison d'une infraction établie conformément à la présente Convention est refusée uniquement sur la base de la nationalité de la personne qui fait l'objet de la requête, ou parce que la Partie requise se considère compétente en l'espèce, la Partie requise soumet l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, sauf si d'autres dispositions ont été convenues avec la Partie requérante, et l'informe en temps opportun du résultat définitif.

*Article 28****Informations spontanées***

Sans préjudice de ses propres investigations ou procédures, une Partie peut, sans demande préalable, communiquer à une autre Partie des informations factuelles lorsqu'elle considère que la divulgation desdites informations est susceptible d'aider la Partie bénéficiaire à entamer ou à effectuer des investigations ou des poursuites concernant les infractions établies en vertu de la présente Convention ou est susceptible d'entraîner une requête de cette Partie au sens du présent chapitre.

*Article 29****Autorité centrale***

1 Les Parties désignent une autorité centrale ou, au besoin, plusieurs autorités centrales, chargée(s) d'envoyer les demandes formulées en vertu du présent chapitre, d'y répondre, de les exécuter ou de les transmettre aux autorités qui ont compétence pour les exécuter.

2 Chaque Partie communique au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la dénomination et l'adresse des autorités désignées en application du paragraphe 1 du présent article.

*Article 30****Correspondance directe***

1 Les autorités centrales communiquent directement entre elles.

2 En cas d'urgence, les demandes d'entraide judiciaire ou communications y relatives peuvent être envoyées directement par les autorités judiciaires, y compris le ministère public, de la Partie requérante

à de telles autorités de la Partie requise. En pareil cas, une copie doit être envoyée simultanément à l'autorité centrale de la Partie requise par l'intermédiaire de l'autorité centrale de la Partie requérante.

3 Toute demande ou communication formulée en application des paragraphes 1 et 2 du présent article peut être présentée par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol).

4 Si une demande est présentée en vertu du paragraphe 2 du présent article et si l'autorité saisie n'est pas compétente pour y donner suite, elle la transmet à l'autorité compétente de son pays et en informe directement la Partie requérante.

5 Les demandes ou communications, présentées en vertu du paragraphe 2 du présent chapitre, qui n'impliquent pas de mesures coercitives, peuvent être transmises directement par l'autorité compétente de la Partie requérante à l'autorité compétente de la Partie requise.

6 Chaque Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe que, dans un souci d'efficacité, les demandes formulées en application de ce chapitre doivent être adressées à son autorité centrale.

Article 31

Information

La Partie requise informe sans délai la Partie requérante de la suite donnée aussitôt à une demande formulée en vertu du présent chapitre et du résultat définitif de la suite donnée à la demande. La Partie requise informe également sans délai la Partie requérante de toutes circonstances rendant impossible l'exécution des mesures sollicitées ou risquant de la retarder considérablement.

Chapitre V – Dispositions finales

Article 32

Signature et entrée en vigueur

1 La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et des Etats non membres qui ont participé à son élaboration. Ces Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par:

- a signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation; ou
- b signature sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, suivie de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

2 Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

3 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle quatorze Etats auront exprimé leur consentement à être liés par la Convention, conformément aux dispositions du paragraphe 1. Un tel Etat qui n'est pas membre du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) au moment de la ratification le deviendra automatiquement le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention.

4 Pour tout Etat signataire qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par la Convention, celle-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de l'expression de son consentement à être lié par la Convention conformément aux dispositions du paragraphe 1. Un Etat signataire non membre du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) au moment de la ratification le deviendra automatiquement le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard.

*Article 33****Adhésion à la Convention***

1 Après l'entrée en vigueur de la présente Convention, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pourra, après avoir consulté les Etats contractants à la Convention, inviter la Communauté européenne ainsi que tout Etat non membre du Conseil n'ayant pas participé à son élaboration à adhérer à la présente Convention par une décision prise à la majorité prévue à l'article 20.d du Statut du Conseil de l'Europe et à l'unanimité des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité des Ministres.

2 Pour la Communauté européenne et pour tout Etat adhérent, la Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt de l'instrument d'adhésion près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. La Communauté européenne et tout Etat adhérent deviendront automatiquement membres du GRECO, s'ils ne le sont pas déjà au moment de l'adhésion, le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention à leur égard.

*Article 34****Application territoriale***

1 Tout Etat pourra, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera la présente Convention.

2 Toute Partie pourra, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, étendre l'application de la présente Convention à tout autre territoire désigné dans la déclaration. La Convention entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite déclaration par le Secrétaire Général.

3 Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

*Article 35****Relations avec d'autres conventions et accords***

1 La présente Convention ne porte pas atteinte aux droits et obligations découlant de conventions internationales multilatérales concernant des questions particulières.

2 Les Parties à la Convention pourront conclure entre elles des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux questions réglées par la présente Convention, aux fins de compléter ou de renforcer les dispositions de celle-ci ou pour faciliter l'application des principes qu'elle consacre.

3 Lorsque deux ou plusieurs Parties ont déjà conclu un accord ou un traité sur un sujet couvert par la présente Convention, ou lorsqu'elles ont établi d'une autre manière leurs relations quant à ce sujet, elles auront la faculté d'appliquer ledit accord, traité ou arrangement au lieu de la présente Convention, dès lors qu'il facilite la coopération internationale.

*Article 36****Déclarations***

Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il érigera en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics étrangers au sens de l'article 5, de fonctionnaires internationaux au sens de l'article 9 ou de juges et d'agents de cours internationales au sens de l'article 11, uniquement

dans la mesure où l'agent public ou le juge accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels.

Article 37

Réserves

1 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il n'érigera pas en infractions pénales conformément à son droit interne, en tout ou en partie, les actes visés aux articles 4, 6 à 8, 10 et 12 ou les infractions de corruption passive visées à l'article 5.

2 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il fait usage de la réserve figurant à l'article 17, paragraphe 2.

3 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il peut refuser une demande d'entraide judiciaire en vertu de l'article 26, paragraphe 1, si la demande concerne une infraction que la Partie requise considère comme une infraction politique.

4 Un Etat ne peut pas, en application des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article, faire des réserves à plus de cinq des dispositions mentionnées auxdits paragraphes. Aucune autre réserve n'est admise. Les réserves de même nature relatives aux articles 4, 6 et 10 seront considérées comme une seule réserve.

Article 38

Validité et examen des déclarations et réserves

1 Les déclarations prévues à l'article 36 et les réserves prévues à l'article 37 sont valables trois ans à compter du premier jour de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat concerné. Toutefois, ces réserves peuvent être renouvelées pour des périodes de la même durée.

2 Douze mois avant l'expiration de la déclaration ou réserve, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe informe l'Etat concerné de cette expiration. Trois mois avant la date d'expiration, l'Etat notifie au Secrétaire Général son intention de maintenir, de modifier ou de retirer la déclaration ou la réserve. Dans le cas contraire, le Secrétaire Général informe cet Etat que sa déclaration ou réserve est automatiquement prolongée pour une période de six mois. Si l'Etat concerné ne notifie pas sa décision de maintenir ou modifier ses réserves avant l'expiration de cette période, la ou les réserves tombent.

3 Lorsqu'une Partie formule une déclaration ou une réserve conformément aux articles 36 et 37, elle fournit, avant son renouvellement ou sur demande, des explications au GRECO quant aux motifs justifiant son maintien.

Article 39

Amendements

1 Des amendements à la présente Convention peuvent être proposés par chaque Partie et toute proposition sera communiquée par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à chaque Etat non membre qui a adhéré ou a été invité à adhérer à la présente Convention conformément aux dispositions de l'article 33.

2 Tout amendement proposé par une Partie est communiqué au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) qui soumet au Comité des Ministres son avis sur l'amendement proposé.

3 Le Comité des Ministres examine l'amendement proposé et l'avis soumis par le CDPC et, après consultation des Etats non membres parties à la présente Convention, peut adopter l'amendement.

4 Le texte de tout amendement adopté par le Comité des Ministres conformément au paragraphe 3 du présent article est transmis aux Parties pour acceptation.

5 Tout amendement adopté conformément au paragraphe 3 du présent article entrera en vigueur le troisième jour après que toutes les Parties auront informé le Secrétaire Général qu'elles l'ont accepté.

Article 40

Règlement des différends

1 Le Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe sera tenu informé de l'interprétation et de l'application de la présente Convention.

2 En cas de différend entre les Parties sur l'interprétation ou l'application de la présente Convention, les Parties s'efforceront de parvenir à un règlement du différend par la négociation ou tout autre moyen pacifique de leur choix, y compris la soumission du différend au Comité européen pour les problèmes criminels, à un tribunal arbitral qui prendra des décisions qui lieront les Parties au différend, ou à la Cour internationale de justice, selon un accord commun entre les Parties concernées.

Article 41

Dénonciation

1 Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer la présente Convention en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 42

Notifications

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à tout Etat ayant adhéré à la présente Convention:

- a toute signature;
- b le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;
- c toute date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à ses articles 32 et 33;
- d toute déclaration ou réserve en vertu de l'article 36 ou de l'article 37;
- e tout autre acte, notification ou communication ayant trait à la présente Convention.

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé la présente Convention.

FAIT à Strasbourg, le 27 janvier 1999, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe, à tout Etat non membre ayant participé à l'élaboration de la Convention et à tout Etat invité à y adhérer.

*

RAPPORT EXPLICATIF CONCERNANT LA CONVENTION PENALE SUR LA CORRUPTION

(Strasbourg, 1.12.1998)

I. INTRODUCTION

1. La corruption n'a jamais cessé d'exister depuis l'Antiquité; c'est l'un des types de comportement les plus répréhensibles, et en même temps les plus répandus qui entrave la bonne gestion des affaires publiques. Certes, au fil du temps, les us et coutumes, ainsi que les circonstances historiques et géographiques, ont considérablement modifié la sensibilité du public à l'égard d'une telle pratique. Les citoyens ne lui ont pas toujours accordé la même importance ni la même attention. Cette variabilité de l'attitude du public envers la corruption se reflète dans la manière dont celle-ci a été traitée dans les lois et règlements. Il y a eu, dans l'histoire, des périodes au cours desquelles certaines pratiques corrompues ont été considérées comme licites, les peines encourues étaient relativement légères; ou bien, le plus souvent, elles n'étaient pas appliquées. En Europe, le Code Napoléon de 1810 peut être considéré comme un point de repère à partir duquel on a institué définitivement des sanctions sévères pour lutter contre la corruption dans la vie publique – et ce, que les actes visés soient ou non contraires aux obligations officielles de leur auteur. Ainsi, avec l'émergence, au 19^e siècle, de l'administration publique moderne, les abus commis par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions étaient désormais considérés comme de nature à compromettre gravement la confiance des citoyens en la probité et l'impartialité de l'administration.

2. Malgré la longue histoire de la corruption et l'ampleur apparente du phénomène dans la société d'aujourd'hui, on a eu quelque difficulté à dégager une définition commune et il a été pertinemment affirmé qu'une définition de la corruption, quelle qu'elle soit, ne trouverait jamais le même degré d'acceptation dans tous les pays. Pendant plusieurs années, un certain nombre de définitions ont été examinées au sein de différentes assemblées et instances; mais la communauté internationale n'a pas réussi à s'entendre au sujet d'une définition qui puisse recueillir l'assentiment général. En revanche, les organismes internationaux ont préféré concentrer leur attention sur la définition de certaines formes de corruption, telles que „versements illicites“ (ONU), „corruption de fonctionnaires étrangers lors de transactions commerciales internationales“ (OCDE), „corruption impliquant des agents des Communautés européennes ou des fonctionnaires d'Etats membres de l'Union européenne“ (U.E.).

3. Même si la communauté internationale n'a pas encore trouvé de définition unique applicable à la corruption en tant que telle, il existe, semble-t-il, un consensus pour qualifier de „corrompues“ certaines pratiques politiques, sociales ou commerciales. Mais la propension à qualifier telle ou telle pratique de „corrompue“ varie d'un pays à l'autre et n'implique pas qu'elle tombe nécessairement sous le coup de la législation pénale.

4. Plus récemment, la préoccupation et l'intérêt croissants manifestés un peu partout pour ces questions ont suscité des réactions nationales et internationales. A partir du début des années 90, la corruption a toujours fait les gros titres des journaux. Bien qu'elle ait toujours été présente dans l'histoire de l'humanité, on la voit aujourd'hui envahir les colonnes des journaux et des ouvrages juridiques de nombreux Etats dans le monde, quel que soit leur régime économique ou politique. Les pays d'Europe occidentale, centrale et orientale, ont été littéralement ébranlés par des scandales de corruption à grande échelle et certains de ces pays considèrent aujourd'hui que la corruption représente l'une des menaces les plus graves pour la stabilité des institutions démocratiques et le fonctionnement de l'économie de marché.

5. Tout cela montre la nécessité, pour les gouvernements et les parlements, de prendre la corruption au sérieux. Le fait que la corruption soit abondamment commentée dans certains Etats et pas du tout dans d'autres ne veut nullement dire qu'elle n'est pas présente dans les Etats du deuxième groupe; en effet, aucun système de gouvernement et aucune administration n'est à l'abri de la corruption. Dans les pays qui ne soufflent mot de la corruption, de deux choses l'une: ou bien celle-ci n'existe pas (ce qui semble improbable dans la plupart des cas) ou bien elle est organisée si efficacement qu'elle n'éveille aucun soupçon. Dans certains cas, le silence qui entoure les activités entachées de corruption est simplement le résultat de la résignation des citoyens devant un phénomène largement répandu. Dans de telles

situations, la corruption cesse d'être considérée comme un comportement criminel inacceptable, passible de sanctions sévères, pour devenir une pratique normale, ou du moins un mal nécessaire ou toléré. Dans les cas extrêmes de corruption endémique, c'est la survie de l'Etat qui est en jeu.

*

II. LE TRAVAIL PREPARATOIRE

6. A leur 19e conférence, tenue à La Valette en 1994, les ministres européens de la Justice ont estimé que la corruption représente une grave menace pour la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe, qui est la principale institution européenne ayant vocation à défendre ces valeurs fondamentales, a été invité à réagir à cette menace. Les ministres se sont déclarés convaincus que la lutte contre la corruption doit avoir un caractère multidisciplinaire; il est nécessaire, selon eux, de légiférer dans ce domaine dès que possible. A leur avis, une lutte efficace contre la corruption passe par un renforcement de la coopération transfrontalière interétatique, mais aussi de la coopération entre Etats et institutions internationales – grâce à la mise en oeuvre de mesures coordonnées au niveau européen, mais aussi au-delà de l'Europe, ce qui implique la participation d'Etats non membres du Conseil de l'Europe. Les ministres de la Justice ont recommandé au Comité des Ministres la création d'un groupe multidisciplinaire sur la corruption. Ce groupe, qui serait placé sous la responsabilité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), aurait pour tâche d'examiner quelles mesures on pourrait inclure dans un programme d'action au niveau international, et aussi d'étudier la possibilité d'élaborer des lois ou des codes de conduite types, y compris des conventions internationales, sur cette question. Les ministres ont souligné l'importance de mettre en place un mécanisme de suivi, afin de veiller au respect des engagements contenus dans ces instruments.

7. A la lumière de ces recommandations, le Comité des Ministres a établi en septembre 1994 le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) et il lui a donné mandat d'examiner quelles mesures on pourrait inclure avec profit dans un programme international d'action contre la corruption. En outre, le GMC a adressé au Comité des Ministres, avant la fin de 1995, un certain nombre de propositions concernant les priorités et les structures de travail, en tenant dûment compte des travaux poursuivis par d'autres organisations internationales. En même temps, le GMC a été invité à étudier la possibilité de rédiger des lois ou des codes de conduite types dans certains domaines, y compris la possibilité d'élaborer une convention internationale en la matière, ainsi que la possibilité de mettre en place un mécanisme de suivi, afin de veiller au respect des engagements contenus dans ces instruments.

8. Le GMC a commencé ces travaux en mars 1995 et il a établi un projet de programme d'action contre la corruption; cet ambitieux document couvre tous les aspects de la lutte internationale contre ce phénomène. Ce projet de programme a été soumis au Comité des Ministres, lequel, après en avoir pris note en janvier 1996, a invité le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) à exprimer leur avis; en attendant, les ministres ont autorisé le GMC, dans le cadre d'un mandat intérimaire, à entreprendre certaines des actions visées dans le programme en question, par exemple la préparation d'un ou plusieurs instruments internationaux.

9. En définitive, le Comité des Ministres a adopté le programme d'action en novembre 1996. Il a chargé le GMC de le mettre en oeuvre avant le 31 décembre 2000. Le Comité des Ministres s'est félicité, en particulier, de l'intention du GMC d'élaborer prioritairement une ou plusieurs conventions internationales contre la corruption, ainsi qu'un mécanisme de suivi visant à assurer le respect des engagements contenus dans ces instruments ou dans tout autre instrument juridique existant dans ce domaine. Le mandat attribué au GMC stipule que le CDPC et le CDCJ doivent être consultés au sujet de tout projet de texte juridique concernant la corruption, et qu'on doit tenir compte du point de vue de ces organes.

10. Le mandat du GMC est le suivant:

„Sous la responsabilité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ),

- élaborer prioritairement une ou plusieurs conventions internationales contre la corruption, ainsi qu'un mécanisme de suivi visant à assurer le respect des engagements contenus dans ces instruments ou dans tout autre instrument juridique en la matière;
- élaborer prioritairement un projet de code de conduite européen pour les agents publics;
- après consultation du/des comité(s) directeur(s) approprié(s), entreprendre, organiser ou promouvoir des projets de recherche, des programmes de formation, ainsi que des échanges au niveau national et international, concernant des cas concrets de corruption et les moyens utilisés pour la combattre;
- mettre en oeuvre les autres parties du programme d'action contre la corruption en tenant compte des priorités qui y sont énoncées;
- prendre en considération les activités d'autres organisations et instances internationales, afin de définir une approche cohérente et coordonnée;
- consulter le CDCJ et/ou le CDPC au sujet de tout projet de texte juridique concernant la corruption, et tenir compte de son/de leurs points de vue."

11. Les ministres ayant participé à la 21e Conférence des ministres européens de la Justice, tenue à Prague en juin 1997, ont exprimé leur préoccupation devant les nouvelles tendances de la criminalité; ils se sont inquiétés, notamment, du caractère organisé, sophistiqué et transnational de certaines activités criminelles. Ils ont affirmé leur conviction selon laquelle la lutte contre le crime organisé implique nécessairement une réponse adéquate à la corruption; et ils ont souligné que la corruption représente une menace considérable pour l'Etat de droit, la démocratie, les droits de l'homme, l'équité et la justice sociale; elle freine le développement économique et compromet la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société. En conséquence, les ministres ont recommandé qu'on accélère la mise en oeuvre du programme d'action contre la corruption et que, dans cet esprit, on intensifie les efforts tendant à adopter sous peu, entre autres, une convention pénale prévoyant l'incrimination coordonnée des infractions de corruption, ainsi que l'amélioration de la coopération dans la répression de telles infractions. Ils ont également recommandé au Comité des Ministres de faire en sorte que les instruments internationaux pertinents prévoient la mise en place d'un mécanisme de suivi, ouvert aux Etats membres comme aux Etats non membres du Conseil de l'Europe, sur un pied d'égalité.

12. Lors de leur 2e Sommet, tenu à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997, les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe ont décidé de rechercher des réponses communes aux difficiles problèmes posés par le développement de la corruption et du crime organisé. Les chefs d'Etat et de gouvernement ont adopté un plan d'action qui tend à promouvoir la coopération dans la lutte contre la corruption, y compris ses liens avec le crime organisé et le blanchiment de l'argent; dans ce plan d'action, il charge le Comité des Ministres, entre autres, d'adopter des principes directeurs qui devront recevoir application dans le domaine des législations et des pratiques nationales; le Comité des Ministres se voit également invité à conclure rapidement les travaux d'élaboration d'instruments juridiques internationaux, conformément au Programme d'action du Conseil de l'Europe contre la corruption, et à établir sans délai un mécanisme approprié et efficace pour veiller au respect des principes directeurs et à la mise en oeuvre des instruments juridiques mentionnés.

13. A sa 101e session, le 6 novembre 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté les 20 Principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Déterminés à lutter contre la corruption par des efforts communs de leurs pays, les ministres ont convenu, entre autres, d'assurer une incrimination coordonnée de la corruption nationale et internationale (Principe 2); de faire en sorte que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, soient libres de toute influence incompatible avec leur statut, et disposent de moyens adéquats pour obtenir des preuves, assurer la protection des personnes qui aident les autorités à lutter contre la corruption, et sauvegarder le secret de l'instruction (Principe 3); de prendre des mesures appropriées en vue de la saisie et de la confiscation des produits de la corruption (Principe 4); d'empêcher que des personnes morales ne servent d'écran pour dissimuler des infractions de corruption (Principe 5); de favoriser la spécialisation de personnes ou organismes chargés de la lutte contre la corruption, et de leur accorder les moyens et la formation nécessaires à l'exercice de leurs fonctions (Principe 7); de développer la coopé-

ration internationale la plus large possible dans tous les domaines de la lutte contre la corruption (Principe 20).

14. En outre, le Comité des Ministres a chargé le GMC de conclure rapidement l'élaboration d'un instrument juridique international, conformément au Programme d'action contre la corruption, et de lui soumettre sans délai un projet de texte proposant la mise en place d'un mécanisme approprié et efficace pour veiller au respect des principes directeurs et à la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux à adopter.

15. Lors de sa 102e session (5 mai 1998), le Comité des Ministres a adopté la Résolution (98) 7, portant autorisation de créer le „Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO“ sous la forme d'un accord partiel et élargi. Dans cette résolution, le Comité des Ministres invite les Etats membres, ainsi que les Etats non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord, à notifier au Secrétaire Général leur intention de rejoindre le GRECO, étant entendu que l'accord instituant le GRECO sera considéré comme ayant été adopté le jour où quatorze Etats membres du Conseil de l'Europe auront procédé à cette notification.

16. L'accord instituant le GRECO et contenant son statut a été adopté le 5 mai 1998. Le GRECO est un organe ayant vocation à suivre, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles, l'application des principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption. La qualité de membre à part entière du GRECO est réservée aux Etats qui participent pleinement au processus d'évaluation mutuelle et qui acceptent de faire l'objet d'une évaluation.

17. Le GRECO a été conçu comme un mécanisme de suivi souple et efficace, qui contribuera au développement d'un processus dynamique pour prévenir et combattre la corruption. En vertu de l'accord, participent au GRECO, sur un pied d'égalité, d'une part les Etats membres et, d'autre part, les Etats non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord ainsi que d'autres Etats non membres ayant été invités à se joindre à l'accord.

18. Conformément aux objectifs définis par le Programme d'action et sur la base du mandat intérimaire visé au paragraphe 8 ci-dessus, le groupe de travail du GMC sur les aspects pénaux de la corruption (GMCP) a entrepris l'élaboration d'un projet de convention pénale en février 1996. Entre février 1996 et novembre 1997, le GMPC a tenu dix réunions et procédé à deux lectures complètes du projet de convention. En novembre 1997, il en a transmis le texte au GMC pour examen.

19. A sa 11e réunion plénière (novembre 1997), le GMC a commencé l'examen du projet de texte soumis par le GMCP. Il a poursuivi ce travail à sa 12e réunion (janvier 1998), à sa 13e réunion (mars 1998) et à sa 14e réunion (septembre 1998). En février 1998, le GMC a consulté le CDPC sur la première version du projet de convention. Le Bureau du CDPC, après avoir consulté par écrit les chefs de délégation auprès du CDPC, a formulé un avis sur le projet de texte en mars 1998 (voir annexe II, document CDPC-BU (98) 3. Lors de sa 13e réunion (mars 1998), le GMC a tenu compte des points de vue exprimés par le CDPC et il a, à cette occasion, finalisé le texte de la deuxième version provisoire. Le CDPC ayant exprimé le souhait d'être consulté à nouveau au sujet de la version définitive, le GMC a décidé de transmettre au CDPC le texte de la deuxième version provisoire. En outre, compte tenu de la demande adressée le 11 février 1998, par le Président de l'Assemblée parlementaire, au Président en exercice des Délégués des Ministres, le GMC a transmis au Comité des Ministres, afin qu'il puisse accéder à cette demande, le texte de la deuxième version provisoire. A la 628e réunion des Délégués des Ministres (avril 1998), le Comité des Ministres a décidé de consulter l'Assemblée parlementaire au sujet du projet de convention; et il a chargé le GMC d'examiner les avis formulés par l'Assemblée et par le CDPC.

20. Lors de sa 47e session plénière, le CDPC a donné officiellement son avis sur le projet de convention. L'Assemblée parlementaire, quant à elle, a adopté son avis pendant la troisième partie de sa session de 1998, en juin 1998. Conformément à son mandat, le GMC a examiné les deux avis lors de sa 14e réunion plénière, en septembre 1998. A cette occasion, il a approuvé le texte définitif, qu'il a soumis au Comité des Ministres. A sa 103e session au niveau ministériel (novembre 1998), le Comité des

Ministres a adopté la convention, a décidé de l'ouvrir à la signature le ... et a autorisé la publication du présent rapport explicatif.

*

III. LA CONVENTION

21. La convention a principalement pour objet de développer des normes communes en ce qui concerne certaines infractions de corruption; toutefois, elle ne donne pas de définition uniforme de la corruption. De surcroît, elle traite de questions de fond et de questions de forme, qui sont étroitement liées à ces infractions de corruption; et elle vise également à améliorer la coopération internationale. L'expérience récente montre que cette coopération rencontre deux types de difficultés dans la répression des affaires de corruption transnationales, et plus particulièrement dans la répression de la corruption d'agents publics étrangers; la première difficulté a trait à la définition des infractions de corruption (il y a souvent divergence, ici, en raison de la référence à la notion d'„agent public“ dans les législations nationales); l'autre difficulté tient aux voies de la coopération internationale; en effet, des obstacles procéduraux, et parfois politiques, retardent ou empêchent la poursuite des délinquants. En harmonisant la définition des infractions de corruption, on satisfera à l'exigence de double incrimination dans les Parties à la convention; de leur côté, les dispositions concernant la coopération internationale visent à faciliter la communication directe et rapide entre les autorités nationales compétentes.

22. La Convention de 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 (acte du Conseil du 26 mai 1997), définit la corruption active comme „le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction“ (article 3). La définition de la corruption passive suit la même orientation.

23. Pour sa part, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (adoptée au sein de l'OCDE le 17 décembre 1997) définit la corruption active comme „le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international“.

24. Le GMC a commencé ses travaux sur la base de la définition provisoire suivante: „La corruption à laquelle a trait le travail du GMC du Conseil de l'Europe comprend les commissions occultes et tous autres agissements qui impliquent des personnes investies de fonctions publiques ou privées, qui auront violé leurs devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employés privés, d'agents indépendants ou d'une autre relation de ce genre, en vue d'obtenir des avantages illicites de quelque nature que ce soit, pour eux-mêmes ou pour autrui.“

25. Le but de cette définition était de veiller à ce qu'aucune matière ne soit exclue de l'activité du GMC. Si bien une telle définition ne correspondait pas nécessairement à la définition juridique de la corruption proposée dans la plupart des Etats membres, et surtout pas à celle qu'en donne le droit pénal; elle avait le mérite de ne pas cantonner indûment la discussion dans des limites trop étroites. A mesure que progressait l'élaboration du texte de l'actuelle convention, cette définition générale donnait naissance à plusieurs définitions opérationnelles communes de la corruption, susceptibles d'être transposées dans les législations nationales même si, dans certains, il peut s'avérer nécessaire de modifier certaines lois nationales. On peut souligner, à cet égard, que la présente convention, outre qu'elle contient une définition consensuelle de la corruption, tant passive qu'active, qui sert de base à diverses formes d'incrimination, définit également d'autres formes de comportement corrompu, telles que la corruption dans le secteur privé et le trafic d'influence, qui sont étroitement liées à la corruption proprement dite et sont couramment considérées comme autant de formes spécifiques de la corruption. Ainsi, l'une des principales caractéristiques de la convention est son large champ d'application, qui reflète l'approche

globale du Conseil de l'Europe; en effet, la corruption menace les valeurs démocratiques, l'Etat de droit, les Droits de l'Homme et le progrès social et économique.

*

IV. COMMENTAIRES

Chapitre I – Terminologie

Article 1

Terminologie

26. Trois expressions seulement sont définies à l'article 1, toutes les autres notions étant traitées à l'endroit approprié dans le rapport explicatif.

27. Les rédacteurs de la présente Convention ont souhaité couvrir, dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les Etats doivent modifier leur définition générale d'„agent public“. Concernant la référence à la „loi nationale“, il doit être noté que l'intention des rédacteurs de la Convention était d'imposer des obligations aux Parties Contractantes en vertu de cette Convention seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique y compris, le cas échéant, les principes relatifs au fédéralisme.

28. L'expression „agent public“, qui est utilisée dans les articles 2 et 3, ainsi que dans l'article 5, renvoie à ces dispositions. Le paragraphe a de l'article 1 définit le concept d'„agent public“ par référence à la définition d'un fonctionnaire ou d'un officier public, d'un maire, d'un ministre ou d'un juge, telle qu'elle est appliquée dans le droit national, aux fins de la législation pénale de l'Etat. La priorité est donc donnée à la définition pénale. Dès lors qu'un agent public de l'Etat de poursuite est impliqué, la définition nationale en vigueur dans cet Etat est applicable. Cependant, l'expression „agent public“ devrait inclure les „maires“ et „les ministres“. Dans beaucoup de pays les maires et les ministres sont assimilés à des agents publics, aux fins de l'application des infractions pénales commises dans l'exercice de leurs fonctions. La référence expresse faite à ces personnes dans l'article 1, paragraphe a, vise à empêcher que ne subsiste la moindre lacune qui risquerait d'exclure du champ d'application de la présente convention des personnages publics d'une telle importance.

29. L'expression „agent public“ englobe également, aux fins de la Convention, les „juges“, qui sont inclus dans le paragraphe b comme les personnes, élues ou non élues, qui exercent des fonctions judiciaires. Cette notion doit être interprétée le plus largement possible: l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. Il va de soi que les procureurs entrent dans le champ de cette définition, bien que dans certains Etats ils ne soient pas considérés comme faisant partie de „la magistrature“. Les membres de la magistrature – juges et, dans certains pays, procureurs – constituent une autorité indépendante et impartiale, distincte du pouvoir exécutif. Il est clair que la définition contenue dans le paragraphe a de l'article 1 est à considérer uniquement sous l'angle de la présente convention et requière des Parties Contractantes qu'elles considèrent ou traitent les juges et les procureurs en tant qu'agents publics uniquement aux fins d'application de la présente Convention.

30. Lorsque l'une des infractions de la Convention concerne un agent public d'un autre Etat, l'article 1 paragraphe c s'applique. Cela signifie que la définition nationale en vigueur dans cet Etat est applicable. Lorsqu'un agent public d'un autre Etat est impliqué, la définition donnée par la législation de cet Etat n'est pas nécessairement déterminante lorsque la personne concernée n'aurait pas eu le statut d'agent public selon la législation de l'Etat de poursuite. Cela découle du paragraphe c de l'article 1, selon lequel un Etat peut décider que les infractions de corruption impliquant des agents publics d'un autre Etat ne visent que les agents dont le statut est compatible avec celui des agents publics nationaux régis par la législation de l'Etat de poursuite. Cette référence au droit national de l'Etat de l'agent public

signifie qu'on peut tenir dûment compte des situations nationales spécifiques concernant le statut des personnes qui exercent des fonctions publiques.

31. L'expression „personne morale“ est utilisée à l'article 18 (responsabilité des personnes morales). Là encore, la convention ne donne pas de définition autonome, mais renvoie aux législations nationales. Le paragraphe d de l'article 1 permet aux Etats d'utiliser leur propre définition de la „personne morale“, que cette définition s'inscrive dans le droit des sociétés ou dans le droit pénal. Toutefois, s'agissant des infractions de corruption active, le paragraphe exclut expressément du champ de la définition l'Etat où d'autres entités publiques représentatives de la puissance publique, telles que les ministères ou les organes des pouvoirs locaux, ou encore les organisations internationales publiques comme le Conseil de l'Europe. L'exception renvoie aux différents niveaux de gouvernement: Etat, entités régionales ou locales exerçant des prérogatives de puissance publique. La raison en est que les responsabilités des entités publiques sont soumises à une réglementation spécifique habituellement incorporée dans le droit administratif ou, dans le cas d'organisations internationales publiques, dans des accords ou des traités. L'exception susvisée n'a pas pour but d'exclure la responsabilité des entreprises publiques. Un Etat contractant peut, néanmoins, aller au-delà en ce qui concerne l'application de sanctions pénales ou administratives à l'égard des entités publiques. Il va sans dire que cette disposition ne limite en aucune façon la responsabilité des personnes employées par les différents organes de l'Etat du chef des infractions de corruption passive visées aux articles 3 à 6 et 9 à 12 de la présente convention.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2

Corruption active d'agents publics nationaux

32. L'article 2 définit les éléments de la corruption active d'agents publics nationaux. Il vise à assurer, en particulier, le bon fonctionnement de l'administration c'est-à-dire à faire en sorte que celle-ci fonctionne de manière transparente, équitable, impartiale et dans le respect de l'intérêt général; en même temps, l'article a pour but de préserver la confiance des citoyens en leur administration et de protéger les fonctionnaires eux-mêmes vis-à-vis des manœuvres dont ils pourraient être la cible. La définition de la corruption active donnée par l'article 2 s'inspire des définitions nationales et internationales de la corruption, par exemple celle qui est contenue dans le protocole à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (article 3). Dans la théorie et la pratique du droit pénal actuel ainsi que dans l'esprit des auteurs de la Convention, cette infraction est le pendant de la corruption passive – deux actes qui sont cependant considérés comme des infractions distinctes, pouvant donner lieu à des poursuites séparées. Il apparaît que les deux types de corruption sont, en général, les deux faces d'un même phénomène, avec d'un côté la personne qui offre, promet ou donne l'avantage, et de l'autre côté la personne qui accepte l'offre, la promesse ou le don. Toutefois, dans la plupart des cas, le „corrompu“ n'est pas accusé d'être complice du „corrupteur“, ni le corrupteur du corrompu.

33. A plusieurs reprises la convention se réfère à la définition donnée dans l'article 2. C'est le cas, par exemple, dans les articles 4, 5, 6 et 9, sans oublier la double référence contenue dans l'article 10. Ces dispositions ne réitèrent pas les éléments de fond mais étendent à de nouvelles catégories de personnes la responsabilité pénale du chef de corruption active.

34. Aux termes de l'article 2, l'infraction de corruption active correspond nécessairement à un acte intentionnel; et il faut que l'élément intentionnel s'étende à tous les autres éléments de fond constitutifs de l'infraction. L'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'agent public doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. Peu importe, cependant, que l'agent public ait effectivement agi ou se soit abstenu d'agir conformément à l'intention du corrupteur.

35. Le corrupteur peut être n'importe qui, et agir à n'importe quel titre (homme d'affaires, agent public, personne privée, etc.). Toutefois, si le corrupteur agit pour le compte, ou au nom, d'une entreprise, celle-ci peut également être tenue pour responsable en tant que personne morale (article 18).

Cependant, la responsabilité de l'entreprise n'exclut nullement les poursuites pénales contre la personne physique (paragraphe 3 de l'article 18). La personne corrompue doit être un agent public, au sens de l'article 1 (a); peu importe, à cet égard, que l'avantage indu bénéficie à l'agent lui-même ou à quelqu'un d'autre.

36. Les éléments matériels de l'infraction sont le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, un avantage indu à l'agent lui-même ou à un tiers. Ces trois agissements du corrupteur sont légèrement différents les uns des autres. „Promettre“ peut, par exemple, correspondre à des situations où le corrupteur s'engage à donner un avantage indu ultérieurement – en général, une fois seulement que l'acte qu'il a demandé à l'agent public a été accompli – ou lorsque le corrupteur et le corrompu se sont entendus pour que le corrupteur fournisse l'avantage indu ultérieurement. Le fait d'„offrir“ peut correspondre à des situations où le corrupteur manifeste qu'il est décidé à donner l'avantage indu à tout moment. Enfin, le fait de „donner“ peut correspondre à des situations où il remet l'avantage indu. D'ailleurs, l'avantage en question n'est pas nécessairement donné directement à l'agent public: il peut être aussi donné à un tiers tel qu'un membre de sa famille, une organisation à laquelle l'agent public appartient, le parti politique auquel il adhère. Lorsque l'offre, la promesse ou le don est adressé à un tiers, l'agent public doit au moins, à un moment, en avoir eu connaissance. Indépendamment du fait que la personne ayant reçu ou bénéficié de l'avantage indu soit l'agent public lui-même ou un tiers, la transaction peut impliquer un ou plusieurs intermédiaires.

37. Ces avantages indus sont généralement d'ordre économique ou financier; mais ils peuvent également avoir un caractère non matériel. L'important, c'est que le corrupteur (ou un tiers, par exemple un parent) voie sa position s'améliorer par rapport à celle qu'il connaissait avant l'infraction; et ce qui importe également, c'est qu'il s'agisse d'une amélioration qui ne lui était pas due. Ces avantages indus peuvent revêtir diverses formes: argent, vacances, prêts d'argent, nourriture et boissons, accélération du traitement d'un dossier, meilleures perspectives de carrière, etc.

38. La question de savoir ce qui constitue un avantage „indu“ aura une importance fondamentale pour l'incorporation de la convention dans le droit interne. Le terme „indu“ doit être interprété, aux fins de la Convention, comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ou recevoir. Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif „indu“ vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables.

39. Les dispositions de certains Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de corruption établissent une distinction selon que l'agent public, lorsqu'il commet l'acte pour lequel on l'a sollicité, outrepassé ou non ses fonctions. Il y a lieu de souligner, à cet égard, les travaux menés au sein du GMC en vue de l'élaboration d'un Code européen modèle pour les agents publics qui précisera les devoirs professionnels et les normes de conduite des agents publics et ce dans le but de prévenir la corruption. Du point de vue du droit pénal, si un agent reçoit un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction, il y aurait déjà là matière à infraction pénale. Si l'agent agit en transgressant certaines règles ou de façon arbitraire, il sera responsable d'une infraction plus grave. Mais s'il s'agit d'un dossier dont il n'aurait pas dû s'occuper – par exemple, s'il s'agit d'une autorisation qui n'aurait pas dû être donnée – l'agent devra répondre d'une forme de corruption plus grave, qui est généralement passible d'une peine plus lourde. Toutefois, un tel élément supplémentaire de „violation du devoir“ n'a pas été jugé nécessaire aux fins de la convention. Les auteurs de la convention ont estimé que l'élément décisif de l'infraction n'est pas le point de savoir si l'agent avait ou non le pouvoir d'agir conformément au souhait du corrupteur, mais le point de savoir si on lui a effectivement offert, donné ou promis une commission occulte pour obtenir quelque chose de lui. Peut-être, d'ailleurs, le corrupteur ignorait-il, lors de son acte, si l'agent avait ou non le pouvoir de faire ce qu'il lui demandait; cet élément est sans importance aux fins de cette disposition. Ainsi, la convention vise à préserver la confiance des citoyens en l'équité de l'Administration, confiance qui serait gravement compromise par des pratiques de corruption, même si l'on admet que l'agent aurait agi de la même manière sans le pot-de-vin. Dans un Etat démocratique, les fonctionnaires sont, en règle générale, rémunérés sur les budgets publics, et non pas directement par les citoyens ou par des sociétés privées. La notion de „violation du devoir“ ajoute un élément d'ambiguïté qui rend plus difficile la répression de cette infraction; il faut en effet prouver que l'on attendait de l'agent public qu'il agisse à l'encontre de son devoir, ou qu'il exerce son pouvoir au

profit du corrupteur. Par conséquent, les Etats qui requièrent, en matière de corruption, un tel élément supplémentaire devront faire en sorte qu'ils puissent appliquer la définition de la corruption énoncée à l'article 2 de la convention sans porter atteinte à son objectif.

Article 3

Corruption passive d'agents publics nationaux

40. L'article 3 définit la corruption passive d'agents publics. Cette infraction étant étroitement liée à la corruption active, certains commentaires formulés au sujet de cette dernière, par exemple en ce qui concerne l'élément moral et l'avantage indu, s'appliquent également ici. L'auteur de l'acte visé dans l'article 3 ne peut être qu'un agent public au sens de l'article 1 a. Les éléments matériels de son acte incluent le fait de solliciter ou de recevoir un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse.

41. Le terme „solliciter“ peut par exemple désigner un acte unilatéral consistant, pour l'agent public à faire comprendre à une personne, explicitement ou implicitement, qu'il lui faudra payer pour obtenir l'établissement ou le non-établissement de tel acte officiel. Peu importe que la demande ait été ou non suivie d'effet; elle constitue en soi le corps du délit. De même, il est indifférent que l'agent public ait sollicité l'avantage indu pour lui-même ou pour un tiers.

42. Le terme „recevoir“ peut par exemple désigner le fait, pour l'agent public ou pour une autre personne (conjoint, collègue, organisation, parti politique etc.), d'„empocher“ effectivement l'avantage pour son compte ou celui d'une autre personne. Le deuxième cas suppose au minimum de la part de l'agent public une forme d'acceptation quelconque. Là encore, il peut y avoir intervention d'un intermédiaire; si tel est le cas, le champ de la corruption passive se trouve élargi, puisqu'il faut y inclure une action indirecte de la part de l'agent; en même temps, il s'ensuit nécessairement qu'on doit mettre en évidence le caractère délictueux du comportement de l'agent, indépendamment de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'intermédiaire.

43. S'il y a une demande unilatérale ou un pacte de corruption, il est essentiel que l'acte de l'agent public, ou son absence d'action, intervienne après la demande ou la conclusion du pacte. Par contre, dans une telle situation, le moment auquel l'avantage indu est effectivement reçu n'a pas d'importance. Ainsi, le fait, pour un agent public, de recevoir un avantage a posteriori n'est pas, en l'absence d'offre, de demande ou d'acceptation préalable, constitutif d'infraction pénale. En outre, le terme „recevoir“ implique qu'on garde au moins pour quelque temps le cadeau ou l'avantage en question; l'agent qui retourne immédiatement à l'expéditeur un cadeau ou un avantage qu'il n'a pas sollicité ne commet pas d'infraction au titre de l'article 3. Cette disposition n'est pas applicable non plus à un avantage qui ne serait pas lié à un acte ultérieur et spécifique de l'agent public dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4

Corruption de membres d'assemblées publiques nationales

44. En vertu de cet article le champ des infractions de corruption active et passive défini aux articles 2 et 3 se trouve étendu aux membres d'assemblées publiques nationales, aux niveaux local, régional et national, qu'ils soient élus ou nommés. Cette catégorie de personnes est également vulnérable à la corruption et les récents scandales dans ce domaine, parfois combinés avec un financement illégal de partis politiques, ont montré qu'il importe de la rendre, elle aussi, pénalement responsable en cas de corruption. S'agissant de la corruption active, l'intérêt légitime est le même que celui qui s'exprime à l'article 2. Mais il en va différemment en ce qui concerne la corruption passive, c'est-à-dire dans le cas où un membre d'une assemblée publique nationale se laisse corrompre: ici, cette disposition protège la transparence, l'équité et l'impartialité du processus de décision des assemblées publiques nationales et de leurs membres vis-à-vis de manoeuvres de corruption. Il est clair, toutefois, que le soutien financier accordé aux partis politiques dans le respect des normes du droit national tombe en dehors du champ d'application matériel de cette disposition.

45. Etant donné que la définition de l'„agent public“ renvoie à la définition nationale applicable, on peut penser que les parties contractantes utiliseraient, par analogie, leur propre définition de l'expression „membres d'assemblées publiques nationales“. Devraient entrer au premier chef dans cette catégorie de personnes les parlementaires (des deux chambres), les membres des assemblées locales et régionales, ainsi que les membres – qu'ils soient élus ou nommés – de toute autre instance publique „exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs“ (article 4 paragraphe 1, in fine). Comme l'indique le paragraphe 21 ci-dessus, cette notion assez large pourrait inclure, dans certains pays, les maires, en tant que membres de conseils locaux, ou les ministres, en tant que membres du parlement. L'expression „pouvoirs administratifs“ vise à inclure dans le champ de cette disposition les membres d'assemblées publiques qui n'ont pas d'attributions législatives – par exemple, selon le cas, les membres d'assemblées régionales ou provinciales ou de conseils locaux. Ces assemblées publiques, même si elles n'ont pas compétence pour adopter des lois, peuvent être investies de pouvoirs considérables, par exemple en matière de planification et d'aménagement, de délivrance d'autorisations, ou de réglementation.

46. La différence entre cet article et les articles 2 et 3 tient uniquement à la qualité des personnes (ici il s'agit de membres d'assemblées publiques nationales); mais la substance de cette infraction de corruption est identique.

Article 5

Corruption d'agents publics étrangers

47. Non seulement la corruption compromet la bonne gestion des affaires publiques et sape la confiance du public en l'équité et l'impartialité des administrations, mais elle peut aussi, lorsque des fonctionnaires publics étrangers sont en cause (par exemple lorsqu'ils se laissent corrompre par des entreprises qui veulent obtenir des marchés), engendrer de graves distorsions de concurrence et mettre en péril le développement économique. Avec la mondialisation des structures économiques et financières et l'intégration des marchés nationaux dans le marché mondial, les décisions sur les mouvements de capitaux ou les investissements qui sont prises dans tel pays peuvent avoir des effets dans tel autre. Les sociétés multinationales et les investisseurs internationaux sont aujourd'hui les acteurs déterminants de l'économie, et ils ne connaissent pas de frontières. Il est de leur intérêt, comme de l'intérêt de l'économie mondiale en général, que les règles de la concurrence demeurent loyales et transparentes.

48. Cela fait longtemps que la communauté internationale envisage d'instituer une infraction pénale visant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers, par exemple pour assurer le respect des règles de la concurrence dans les transactions commerciales internationales. L'intérêt légitime, ici, est double: transparence et équité du processus de décision des administrations publiques étrangères – traditionnellement cet aspect était considéré comme relevant des affaires intérieures mais ce point de vue est, du fait de la mondialisation, devenu obsolète – et sauvegarde d'une concurrence loyale pour les entreprises. L'incrimination d'un comportement corrompu qui se manifeste à l'extérieur du territoire national trouve sa justification dans l'intérêt commun des Etats à protéger ces intérêts. L'Union Européenne a été la première organisation européenne à réussir à adopter un traité international incriminant, entre autres, la corruption des agents publics étrangers: la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des Etats membres de l'Union Européenne (adoptée le 26 mai 1997). Après plusieurs années l'OCDE a également conclu, en novembre 1997, un accord qui fait date concernant l'incrimination, de manière coordonnée, de la corruption d'agents publics étrangers, c'est-à-dire le fait de corrompre un tel agent afin d'obtenir ou de conserver un avantage indu de nature commerciale ou autre.

49. En prévoyant une incrimination de corruption pour les agents publics étrangers de n'importe quel pays, cet article va au-delà des dispositions de la Convention de l'Union Européenne. Il va également au-delà de la disposition contenue dans l'accord de l'OCDE, et ce à un double titre. Tout d'abord, elle concerne à la fois le volet actif et le volet passif. Certes, ce dernier, pour les parties contractantes, est déjà couvert par l'article 3. Mais l'inclusion de la corruption passive d'agents publics étrangers dans l'article 5 procède du souci de montrer la solidarité de la communauté des Etats face à la corruption, partout où celle-ci se produit. Le message est clair: la corruption est une infraction pénale grave, susceptible d'être poursuivie par toutes les parties contractantes, et pas seulement par l'Etat dont le fonction-

naire corrompu est ressortissant. En second lieu, l'article 5 n'énonce aucune restriction quant au contexte dans lequel survient la corruption de l'agent étranger. Répétons-le, il s'agit non seulement de protéger la libre concurrence, mais aussi de sauvegarder la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques et l'état de droit. En ce qui concerne la définition de l'expression „agent public étranger“, il est fait référence aux indications relatives à l'article 1 contenues dans le paragraphe 30 ci-dessus.

50. La seule différence par rapport aux articles 2 et 3 concerne la catégorie de personnes qui se laissent corrompre (en l'occurrence, les agents publics étrangers); mais la substance de cette infraction de corruption est identique.

Article 6

Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères

51. Cet article incrimine la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques étrangères. Les motifs et les intérêts juridiques à protéger sont identiques à ceux énoncés à l'article 4, mais ils se situent dans le contexte d'un pays étranger – „... de tout autre Etat“. Les Etats parties à la convention s'efforcent ensemble d'assurer le respect des institutions démocratiques, qu'elles aient un caractère national ou étranger. La seule différence par rapport aux articles 2 et 3 porte sur la qualité des personnes qui se laissent corrompre (en l'occurrence, les membres d'assemblées publiques étrangères); mais la substance de cette infraction de corruption est identique à celles définies aux articles 2 et 3. La notion de „membre d'une assemblée publique“ doit être interprétée à la lumière de la législation nationale de l'Etat étranger.

Article 7

Corruption active dans le secteur privé

52. Cet article étend au secteur privé la responsabilité pénale du chef de corruption. La corruption dans le secteur privé a, au cours du siècle dernier, été traitée par le droit civil (par exemple dans le cadre du droit de la concurrence), par le droit du travail ou par des dispositions générales de droit pénal. Le fait d'incriminer la corruption privée est apparu comme un effort nécessaire et novateur pour éviter toute lacune dans une stratégie globale de lutte contre la corruption. De multiples raisons militent en faveur de l'introduction de sanctions pénales pour réprimer la corruption dans le secteur privé. Tout d'abord, le fait que la corruption dans le secteur privé porte atteinte à des valeurs comme la confiance ou la loyauté, qui sont nécessaires au maintien et au développement des relations sociales et économiques. Même en l'absence de préjudice pécuniaire spécifique pour la victime, la corruption privée porte préjudice à l'ensemble de la société. D'une manière générale, on a de plus en plus tendance à limiter les différences entre les règles applicables au secteur public et celles applicables au secteur privé. Cette évolution implique une refonte des règles qui protègent les intérêts du secteur privé et qui régissent les relations de ce secteur avec ses salariés et avec l'ensemble de la population. En second lieu, incriminer la corruption existant dans le secteur privé était nécessaire pour que le respect d'une concurrence loyale soit assuré. Troisièmement, cela concerne également le processus de privatisation. Au fil des années, d'importantes fonctions publiques ont été privatisées (éducation, santé, transport, télécommunications, etc.). Le transfert de ces fonctions publiques au secteur privé, souvent lié à un processus de privatisation massive, implique le transfert de crédits budgétaires substantiels et d'attributions réglementaires. Il est donc logique de protéger le public également contre les effets dommageables de la corruption dans les entreprises, d'autant que les pouvoirs financiers ou autres qui sont concentrés dans le secteur privé, et qui sont nécessaires au nouveau rôle de l'entreprise, ont une grande importance sociale.

53. D'une manière générale, les remarques formulées au sujet de la corruption active d'agents publics (article 2) s'appliquent mutatis mutandis au présent article, notamment en ce qui concerne les actes accomplis, l'élément moral et le corrupteur. Néanmoins, il existe plusieurs différences importantes entre les dispositions sur la corruption dans le secteur public et les dispositions sur la corruption dans le secteur privé. Tout d'abord, l'article 7 limite le champ de la corruption privée au domaine de „l'activité commerciale“, excluant ainsi délibérément les activités à but non lucratif menées par des personnes ou des organisations, par exemple par des associations ou d'autres ONG. On a voulu ainsi mettre l'accent sur le secteur le plus vulnérable, c'est-à-dire le secteur des affaires et des entreprises. Bien entendu, ce choix peut laisser subsister quelques lacunes, que les gouvernements voudront

peut-être combler: rien n'empêcherait un Etat signataire de mettre en oeuvre cette disposition en interprétant de manière non restrictive les mots „dans le cadre d'une activité commerciale“. Au sens large, „activité commerciale“ signifie tout type d'activité marchande, en particulier le commerce des biens et la fourniture de services, y compris les services fournis au public (transports, télécommunications, etc.).

54. La deuxième différence importante a trait à l'identité des destinataires éventuels de l'avantage, telle qu'elle est précisée à l'article 7. Celui-ci interdit la corruption de toute personne qui „dirige ou travaille pour une entité du secteur privé“. Ici encore il s'agit d'une notion très large, qu'il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail. Dans les entreprises privées cette notion doit couvrir non seulement les salariés, mais aussi la direction, à tous les échelons, y compris les membres du conseil d'administration, mais pas les actionnaires. Elle englobe également les personnes qui n'ont pas le statut d'employé ou qui ne travaillent pas en permanence pour l'entreprise – par exemple, les consultants, les agents commerciaux, etc. – mais qui peuvent engager la responsabilité de l'entreprise. L'expression „entités du secteur privé“ désigne les sociétés, les entreprises, les fondations et autres entités qui sont détenues entièrement ou dans une mesure déterminante par des particuliers. Naturellement, toute une gamme d'entités est ici visée, notamment les entités qui pratiquent „des activités commerciales“. Il peut s'agir de sociétés, mais aussi d'entités dépourvues de la personnalité juridique. Aux fins de cette disposition, le terme „entité“ doit être compris comme pouvant également signifier, dans ce contexte, une personne physique. Les entités publiques n'entrent donc pas dans le champ de cette disposition.

55. La troisième différence importante concerne le comportement de la personne qui se laisse corrompre dans le secteur privé. Dans le cas des agents publics, il importe peu qu'il y ait eu ou non une violation des devoirs, étant donné qu'on attend de l'agent public, d'une manière générale, qu'il fasse preuve de transparence, d'impartialité et de loyauté; en revanche, s'agissant des acteurs du secteur privé, il est nécessaire qu'il existe une violation des devoirs. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents de ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l'agent commercial, l'avocat est censé s'acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l'égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L'expression „en violation de ses devoirs“ ne vise pas seulement à assurer le respect d'obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu'il n'y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l'employeur ou mandant. Le salarié, l'associé, le gérant qui accepte un pot-de-vin des mains d'une personne qui lui demande d'agir (y compris, le cas échéant, par l'abstention) d'une manière qui est contraire aux intérêts de son supérieur trahit la confiance qu'on place en lui, la loyauté qu'il doit à sa hiérarchie. Ceci justifie qu'une infraction en ce qui concerne la corruption dans le secteur privé soit incluse. Telle est la philosophie qui s'exprime dans la convention lorsque celle-ci, dans son article 7, précise qu'il faut qu'il existe l'élément supplémentaire de la „violation des devoirs“ pour que la corruption dans le secteur privé puisse être érigée en infraction pénale. Le concept de „violation des devoirs“ peut être rattaché aussi à l'idée de „secret“, c'est-à-dire, l'acceptation de l'avantage à l'insu de l'employeur ou mandant sans avoir demandé ou obtenu son autorisation ou approbation. C'est plutôt la clandestinité de l'avantage que l'avantage lui-même qui se trouve au coeur de cette infraction. Ce comportement clandestin menace les intérêts de l'entité privée et le rend dangereux.

Article 8

Corruption passive dans le secteur privé

56. Les commentaires relatifs à la corruption passive d'agents publics nationaux (article 3) valent également ici pour les actes de corruption ainsi que l'élément moral. Il en va de même des commentaires sur la corruption active dans le secteur privé (article 7), pour ce qui concerne le cadre spécifique, les personnes en cause et la condition supplémentaire de l'acte accompli en „violation du devoir“. Le principe-miroir, déjà mentionné à propos de la corruption d'agents publics, reste valable ici.

*Article 9****Corruption de fonctionnaires internationaux***

57. La nécessité d'étendre l'incrimination des actes de corruption à la sphère internationale a déjà été soulignée à l'article 5 (corruption d'agents publics étrangers). Des initiatives récentes prises dans le cadre de l'Union européenne ont conduit à l'adoption le 27 septembre 1996 (Journal officiel des communautés européennes No C 313 du 23 octobre 1996) du Protocole additionnel (sur la corruption) à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des communautés européennes ainsi que la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des Etats membres de l'Union Européenne (26 mai 1997), sont la preuve que la protection au pénal contre la corruption des agents des institutions internationales est nécessaire et doit avoir les mêmes conséquences que celles des agents publics nationaux. La nécessité de sanctionner pénalement la corruption est même plus grande dans le cas des fonctionnaires des organisations internationales publiques que dans celui des agents étrangers car, comme indiqué plus haut, la corruption passive d'un fonctionnaire étranger constitue déjà une infraction selon le droit interne du fonctionnaire en question, tandis que les lois sur la corruption ne couvrent qu'exceptionnellement les actes commis à l'étranger par les autres nationaux, notamment ceux qui sont employés dans des organisations internationales à titre permanent. Ce que l'on cherche ainsi à protéger au plan juridique c'est la transparence et l'impartialité du processus décisionnel des organisations internationales qui, en application de leur mandat, mènent des activités au nom ou dans l'intérêt de leurs Etats membres. Certaines de ces organisations gèrent de grandes quantités de biens et de services et il convient de garantir au pénal une concurrence loyale dans leurs procédures d'attribution de marchés publics.

58. Etant donné que cet article renvoie aux articles 2 et 3 pour la description des actes de corruption, les commentaires relatifs à ces articles s'appliquent en conséquence. Les personnes qui bénéficient de commissions occultes sont toutefois différentes. Il s'agit de „toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, au sens du statut des agents, de toute organisation publique internationale ou supranationale ou organe dont la Partie est membre, ainsi que de toute personne, qu'elle soit détachée ou non auprès d'une telle organisation, qui exerce des fonctions correspondant à celles desdits fonctionnaires ou agents“.

59. Deux grandes catégories d'agents sont donc concernées: premièrement, les fonctionnaires et autres personnes qui, en vertu du statut des agents, sont engagés à titre permanent ou temporaire, mais qui, indépendamment de la durée de leur emploi par l'organisation, ont des devoirs et des responsabilités identiques régis par un contrat. Deuxièmement, il s'agit des agents en détachement (mis à la disposition de l'organisation par un gouvernement ou toute entité publique ou privée) chargés d'assurer des fonctions équivalentes à celles des fonctionnaires ou des agents sous contrat.

60. En vertu de l'article 9 les pays signataires ne sont tenus d'incriminer que les cas de corruption impliquant le personnel des organisations internationales dont ils sont membres. Cette restriction est nécessaire pour plusieurs raisons notamment afin d'éviter des problèmes d'immunité.

61. L'article 9 concerne les organisations publiques internationales ou supranationales, c'est-à-dire les institutions mises en place par les gouvernements et non par des particuliers ou des organismes privés. Cela signifie que les organisations internationales non gouvernementales (ONG) ne relèvent pas de cette disposition, bien que dans certains cas des membres d'ONG puissent être couverts par d'autres dispositions, par exemple les articles 7 et 8. Il existe de nombreuses organisations internationales, régionales ou mondiales comme le Conseil de l'Europe, tandis qu'il n'existe qu'une seule organisation supranationale, l'Union européenne.

*Article 10****Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales***

62. Les commentaires relatifs à la corruption de membres d'assemblées publiques nationales (article 4) s'appliquent ici aussi, en ce qui concerne les actes de corruption et l'élément moral. Ces assemblées accomplissent des fonctions législatives, administratives ou consultatives sur la base du Statut de l'Organisation Internationale dont elles font partie. Il en va de même des commentaires relatifs à la

corruption de fonctionnaires internationaux (article 9), en ce qui concerne le contexte international spécifique et la restriction de l'appartenance à l'organisation. Les personnes en cause dans la corruption passive sont toutefois différentes: des membres des assemblées parlementaires d'organisations internationales (par exemple, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe) ou supranationales (le Parlement européen).

Article 11

Corruption de juges et d'agents de cours internationales

63. Les commentaires relatifs à la corruption d'agents publics nationaux (articles 2 et 3), dont la définition à l'article 1.a englobe les „juges“, s'appliquent également ici pour ce qui concerne les actes de corruption et l'élément intentionnel. De même, les commentaires sur la corruption de fonctionnaires internationaux (article 9) devraient être étendus à cette disposition en ce qui concerne le contexte international et la condition d'appartenance à l'organisation. Les personnes concernées sont toutefois différentes: „toute personne exerçant des fonctions judiciaires au sein d'une cour internationale“. Parmi ces personnes figurent non seulement des „juges“ de cours internationales (par exemple la Cour européenne des Droits de l'Homme) mais aussi d'autres agents (par exemple les procureurs du tribunal des Nations Unies pour l'ex-Yougoslavie) ou des membres du greffe. Les tribunaux d'arbitrage ne font pas en principe partie des „cours internationales“ car ils n'exercent pas des fonctions judiciaires au nom des Etats. Il appartient à la Partie Contractante de déterminer si elle reconnaît la compétence de la cour.

Article 12

Trafic d'influence

64. Cette infraction diffère quelque peu des autres infractions liées à la corruption et définies par la convention, bien que les intérêts juridiques à protéger soient les mêmes: transparence et impartialité dans le processus décisionnel des administrations publiques. Son inclusion dans la présente convention illustre l'approche globale du programme d'action contre la corruption qui considère toutes les formes de corruption comme une menace contre la primauté du droit et la stabilité des institutions démocratiques. L'incrimination du trafic d'influence cherche à atteindre l'entourage de l'agent ou le parti politique auquel il adhère et à sanctionner le comportement des personnes qui, proches du pouvoir, tentent d'obtenir des avantages en raison de leur situation, contribuant ainsi à l'instauration d'un climat de corruption. Cela permet aux Parties Contractantes de s'attaquer à ce que l'on appelle la „corruption ambiante“ qui sape la confiance des citoyens en l'honnêteté de l'administration publique. Le but de la présente convention étant d'améliorer le dispositif des mesures pénales contre la corruption, il a paru indispensable d'ériger en infraction le trafic d'influence ce qui serait relativement nouveau pour certains Etats.

65. Cette disposition incrimine une relation trilatérale dans laquelle une personne dotée d'une influence réelle ou supposée sur les personnes dont il est fait mention aux articles 2, 4, 5 et 9 à 11, échange cette influence contre un avantage fourni par quelqu'un qui souhaite profiter de cette influence. Cette infraction diffère de la corruption en ce que le trafiquant d'influence n'est pas tenu „d'agir ou d'éviter d'agir“ comme le ferait un fonctionnaire. Le bénéficiaire de cet avantage indu assiste la personne donnant ce dernier en exerçant ou proposant, d'exercer une influence abusive sur une tierce personne qui peut accomplir (ou s'abstenir d'accomplir) un certain acte. L'influence „abusive“ doit contenir une intention de corrompre de la part du trafiquant d'influence: les formes de lobbying connues ne relèvent pas de cette notion. L'article 12 décrit les deux formes de cette relation corruptrice: le trafic d'influence actif et passif. Comme cela a été déjà expliqué (voir document GMC (95) 46) le trafic d'influence „passif“ présuppose qu'une personne, profitant d'une influence réelle ou prétendue auprès d'une tierce partie, sollicite, reçoive ou accepte un avantage indu, pour assister la personne ayant fourni l'avantage indu en exerçant une influence abusive. Un trafic d'influence „actif“ présuppose qu'une personne promette, donne ou offre un avantage indu à quelqu'un qui indique ou confirme avoir une influence abusive auprès de tierces personnes.

66. Les Etats souhaitent peut-être faire la distinction entre les deux types de trafic d'influence: actif et passif. Le trafic d'influence actif ressemble beaucoup à la corruption active, décrite à l'article 2, avec quelques différences: une personne donne un avantage indu à une autre personne (le trafiquant d'influence) qui prétend, en raison de sa situation professionnelle ou de son statut social, être en mesure d'exercer une influence sur la décision d'agents de la fonction publique nationale ou étrangère (articles 2 et 5), de membres d'assemblées publiques nationales (article 4), de fonctionnaires internationaux, de membres d'assemblées parlementaires internationales ou de juges et d'agents de cours internationales (articles 9-11). Quant au trafic d'influence passif, il ressemble à la corruption passive décrite à l'article 3, mais là encore, c'est le trafiquant d'influence qui reçoit l'avantage indu. Il importe de noter la position d'outsider du trafiquant d'influence: il ne peut prendre les décisions lui-même, mais il abuse de son influence réelle ou présumée sur d'autres personnes. Il est indifférent que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence produise ou non le résultat recherché.

67. Les commentaires relatifs à la corruption active et passive s'appliquent donc ici également avec les conditions supplémentaires énoncées, en particulier en ce qui concerne les actes de corruption et l'élément moral.

Article 13

Blanchiment du produit des délits de corruption

68. Cet article prévoit l'incrimination du blanchiment des produits dérivés des délits de corruption définis aux articles 2 à 12, à savoir tous les délits de corruption et le trafic d'influence. Cet article renvoie à une autre convention du Conseil de l'Europe (ETS No 141) qui est la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (novembre 1990). L'infraction de blanchiment est définie à l'article 6, paragraphe 1 de ladite convention, et certaines conditions d'application sont énoncées au paragraphe 2. Le blanchiment a pour objectif de déguiser l'origine illicite des produits résultant de la commission d'une infraction principale. Pendant longtemps, les efforts de lutte contre le blanchiment ont été axés sur les stupéfiants, mais de récents instruments internationaux dont la Convention No 141 du Conseil de l'Europe précitée mais aussi les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), reconnaissent qu'en principe toute infraction (par exemple la fraude, le terrorisme, le trafic de biens volés, d'armes, etc.) peut générer des produits qui devront être blanchis par un recyclage ultérieur dans des affaires légales. En principe, par conséquent, la Convention No 141 s'applique déjà aux produits de toutes sortes d'activités criminelles, y compris la corruption, à moins qu'une Partie n'ait émis des réserves à l'article 6, restreignant ainsi sa portée aux produits d'infractions particulières ou de catégories d'infractions.

69. Les auteurs de cette convention ont considéré qu'en raison des liens étroits avérés entre la corruption et le blanchiment de l'argent, il était capital que cette convention érige également en infraction le blanchiment du produit de la corruption. Une autre raison d'incriminer cet acte tient à ce que les Etats qui ratifieront les deux instruments peuvent appartenir à des cercles différents: certains Etats non membres qui ont participé à l'élaboration de cette convention ne pourront ratifier la Convention No 141 qu'avec l'autorisation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, tandis qu'ils pourront ratifier la présente convention automatiquement en vertu de son article 32, paragraphe 1.

70. Cette disposition pose le principe selon lequel les Parties Contractantes sont obligées de considérer les infractions de corruption en tant qu'infractions principales dans le cadre de la législation anti-blanchiment. Les exceptions à ce principe ne sont admises que dans la mesure où la Partie Contractante a émis une réserve à propos des articles correspondants de la Convention. De même, si un pays considère que certains de ces délits de corruption ne sont pas „graves“ en vertu de sa législation sur le blanchiment de l'argent, il ne sera pas contraint de modifier sa définition du blanchiment.

Article 14

Infractions comptables

71. Les infractions comptables peuvent avoir un double lien avec les délits de corruption: les infractions sont soit des actes préparatoires à ces derniers, soit des actes masquant la corruption „principale“

ou d'autres infractions liées à la corruption. L'article 14 couvre ces deux types de lien et, en principe, tous les délits de corruption définis aux articles 2 à 12. Ces infractions comptables ne s'appliquent pas au blanchiment du produit de la corruption (article 13), étant donné que la principale caractéristique du blanchiment est précisément de camoufler l'origine des fonds illicites. Masquer le blanchiment serait donc redondant.

72. Etant donné que ces actes ont pour but, soit par action, soit par omission, de commettre, cacher ou déguiser des délits de corruption, ils peuvent aussi être qualifiés d'actes préparatoires. Ces actes sont généralement traités en tant qu'infraction administrative dans certaines législations nationales. L'article 14 autorise donc les Parties contractantes à choisir entre les sanctions pénales et les sanctions administratives. Le choix offert peut certes faciliter la mise en oeuvre de la convention pour certains pays, mais il peut aussi faire obstacle à la coopération internationale au sujet de la présente infraction.

73. Les infractions comptables ne peuvent être commises qu'intentionnellement. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, il peut prendre deux formes différentes: celle d'une action positive, qui consiste à fabriquer ou à utiliser des factures ou d'autres types de documents comptables ou registres contenant des informations fausses ou incomplètes. Ce comportement frauduleux vise clairement à tromper une personne (par exemple un auditeur aux comptes) quant à l'authenticité et à la fiabilité de l'information contenue dans le document, afin de cacher un délit de corruption. L'autre forme consiste en un acte d'omission, par exemple le non-enregistrement d'un paiement, associé à un élément spécial manifeste, c'est-à-dire „illégal“. Cela signifie que l'omission devient un acte sanctionnable que lorsque les personnes en cause (par exemple les comptables d'une entreprise) ont l'obligation légale d'enregistrer les paiements.

74. Lorsqu'une Partie a émis une réserve à propos de l'un des délits de corruption définis aux articles 2 à 12, elle n'est pas tenue d'étendre l'application de cette disposition à ces délits de corruption. L'obligation découlant de cet article d'ériger certains actes en infractions doit être mise en oeuvre dans le cadre des lois et réglementations concernant la tenue des livres et registres, les déclarations financières et les exercices de comptabilité et de contrôle financier. En outre, cette disposition ne vise pas à établir des infractions comptables spécifiques liées à la corruption puisque les infractions comptables générales suffisent amplement dans ce domaine. Il convient de préciser que l'article 14 n'exige pas qu'une branche particulière du droit (fiscale, administrative ou pénale) traite de cette question.

75. Cette disposition impose aux Parties contractantes de définir les „infractions passibles de sanctions pénales ou autres“. L'expression „autres sanctions“ désigne les „sanctions non pénales“ infligées par les tribunaux.

Article 15

Actes de participation

76. L'objectif de cette disposition n'est pas d'établir une infraction supplémentaire mais de sanctionner les actes de participation aux infractions définies aux articles 2 à 14. Elle établit donc la responsabilité des participants à des infractions intentionnelles définies par la Convention. Bien que cela ne soit pas précisé, il résulte des principes généraux du droit pénal que toute forme de participation (aide ou complicité) ne peut être commise qu'intentionnellement.

Article 16

Immunité

77. L'article 16 dispose que la convention ne porte pas atteinte aux dispositions contenues dans les traités, protocoles ou statuts régissant la levée de l'immunité. L'acceptation du droit international coutumier n'est pas exclue dans ce domaine. Cette expression entend couvrir aussi le droit international coutumier qui pourrait être applicable dans ce domaine. Cette disposition peut en particulier concerner le personnel des organisations publiques internationales ou supranationales (article 9), les membres d'assemblées parlementaires internationales (article 10) ainsi que les juges et les agents de cours inter-

nationales (article 11). La levée de l'immunité est donc une condition préalable à l'exercice d'une compétence, conformément aux règles particulières s'appliquant à chacune des catégories de personnes susmentionnées. La convention reconnaît l'obligation de chacune des institutions concernées de donner effet aux dispositions régissant les privilèges et immunités.

Article 17

Compétence

78. Cet article fixe une série de critères en vertu desquels les Parties contractantes doivent établir leur compétence relativement aux infractions pénales définies aux articles 2 à 14 de la convention.

79. Le paragraphe 1.a établit le principe de la territorialité. Il n'exige pas qu'un délit de corruption soit commis en totalité sur le territoire d'un Etat pour que celui-ci puisse établir sa compétence. Il suffit qu'une partie seulement de l'infraction, par exemple l'acceptation ou l'offre d'un pot-de-vin, soit commise sur son territoire: le principe de la territorialité doit donc être interprété de manière large. Dans de nombreux Etats membres, mais pas dans tous, le lieu où est commis l'acte est déterminé en fonction de ce que l'on appelle la doctrine de l'ubiquité: cela signifie qu'une infraction globale peut être considérée comme ayant été commise là où une partie de cette infraction a été commise. Selon une autre forme de la doctrine de l'ubiquité, on peut considérer qu'une infraction a aussi été commise là où les conséquences de l'infraction se manifestent. La doctrine des effets est reconnue dans plusieurs Etats du Conseil de l'Europe (rapport du Conseil de l'Europe sur la compétence pénale extraterritoriale, op. cit. pages 8-9). Cela signifie que quel que soit le lieu où un élément constitutif d'une infraction est commis ou produit des effets, ce lieu est généralement considéré comme le lieu de l'infraction. Dans ce contexte, on peut noter que l'intention du délinquant n'est pas prise en compte et n'affecte pas la compétence fondée sur le principe de la territorialité. De même, la nationalité du corrupteur ou du corrompu n'entre pas en ligne de compte.

80. Le paragraphe 1.b, pose le principe de la nationalité. La théorie de la nationalité est aussi fondée sur la souveraineté de l'Etat: selon cette théorie, les ressortissants d'un Etat ont l'obligation de respecter le droit interne du pays où ils se trouvent. Par conséquent, lorsque le ressortissant d'un Etat contractant a commis une infraction à l'étranger, cet Etat est en principe compétent, surtout s'il n'extrade pas ses ressortissants. Le paragraphe précise en outre que la compétence doit être établie non seulement si les ressortissants commettent l'une des infractions définies par la convention, mais aussi lorsque les fonctionnaires et membres des assemblées nationales du pays commettent une infraction de ce type. Naturellement, le plus souvent, dans les deux derniers cas, il s'agit aussi de ressortissants (dans certains pays, la nationalité est une condition nécessaire pour occuper ce type de fonctions) mais il existe des exceptions.

81. Le paragraphe 1.c repose aussi sur le double principe de la protection (des intérêts nationaux) et de la nationalité. La différence avec le paragraphe précédent est qu'ici la compétence repose sur le statut de la personne qui s'est laissée corrompre: il s'agit soit d'un fonctionnaire soit d'un membre d'une assemblée publique nationale du pays (par conséquent pas nécessairement un ressortissant) ou alors il s'agit d'un ressortissant qui est en même temps fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale.

82. Le paragraphe 2 permet aux Etats d'émettre une réserve aux règles de compétence fixées au paragraphe 1.b et c. Dans ce cas, toutefois, il ressort du principe „aut dedere aut judicare“, „extrader ou punir“ indiqué au paragraphe 3, une obligation pour les Parties contractantes d'établir leur compétence dans les affaires où l'extradition du délinquant présumé est refusée en raison de sa nationalité et si le délinquant est présent sur leur territoire.

83. La compétence repose traditionnellement sur la territorialité ou la nationalité. Or, en matière de corruption, ces principes ne sont pas toujours suffisants pour qu'un Etat puisse exercer sa compétence, par exemple lorsque l'infraction est commise hors du territoire d'une Partie contractante ou n'implique pas ses ressortissants, tout en affectant ses intérêts (par exemple la sécurité nationale). Le paragraphe 4 de cet article autorise les Parties à établir, conformément à leur législation nationale, d'autres types de compétence. Parmi elles, le principe de l'universalité permettrait aux Etats d'établir leur compétence

pour des infractions graves, indépendamment du lieu où elles ont été commises et de l'identité des auteurs, si elles menacent les valeurs universelles et l'intérêt de l'humanité. Jusqu'à présent, ce principe n'a pas encore acquis une reconnaissance internationale générale, bien que certains documents internationaux y fassent référence.

Article 18

Responsabilité des personnes morales

84. L'article 18 traite de la responsabilité des personnes morales. C'est un fait que les personnes morales sont souvent impliquées dans des délits de corruption notamment dans les transactions commerciales, tandis que la pratique montre qu'il est très difficile de poursuivre les personnes physiques agissant au nom de ces personnes morales. Par exemple, compte tenu de la taille des entreprises et de la complexité de leurs structures, il devient de plus en plus difficile d'identifier une personne physique qui pourrait être tenue pour responsable (au sens pénal) d'un délit de corruption. Les personnes morales échappent donc habituellement à leurs responsabilités en raison du caractère collectif de leur processus décisionnel. D'un autre côté, les pratiques de corruption se poursuivent souvent après l'arrestation de membres de la direction, car l'entreprise en tant que telle n'est pas touchée par les sanctions individuelles.

85. La tendance internationale semble être à l'heure actuelle favorable à la reconnaissance générale de la responsabilité des personnes morales, même dans des pays qui, il y a quelques années seulement, considéraient que l'incrimination des entreprises était impossible. Par conséquent, cet article de la convention est conforme à la tendance récente c'est-à-dire aux instruments internationaux de lutte contre la corruption comme la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers dans les transactions commerciales internationales (article 2).

86. L'article 18, paragraphe 1 ne stipule pas le type de responsabilité qu'il exige des personnes morales. En conséquence, cette disposition n'oblige pas à établir que des personnes morales seront tenues pénalement responsables des infractions qui y sont mentionnées. D'autre part, il faudrait préciser clairement qu'en vertu de cette disposition, les Parties contractantes s'engagent à établir une forme de responsabilité des personnes morales pratiquant la corruption, responsabilité qui pourrait être de caractère pénal, administratif ou civil. Ainsi, les sanctions pénales et non pénales – administratives, civiles – sont appropriées à condition qu'elles soient „effectives, proportionnées et dissuasives“ comme le précise le paragraphe 2 de l'article 19. Les personnes morales seront tenues responsables si trois conditions sont réunies. Il doit d'abord s'agir d'une corruption active, d'un trafic d'influence ou d'un blanchiment de l'argent au sens des articles 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 et 13. L'infraction doit ensuite avoir été commise dans l'intérêt de la personne morale et en son nom. La troisième condition, enfin, sert à limiter la portée de cette forme de responsabilité et exige l'implication d'une personne exerçant un pouvoir de direction. Ce pouvoir présumé dans les trois situations décrites – un pouvoir de représentation ou une autorité pour prendre des décisions ou pour exercer un contrôle – montre que cette personne physique est légalement ou en pratique capable d'engager la responsabilité de la personne morale.

87. Le paragraphe 2 fait expressément état de l'obligation des Parties d'étendre la responsabilité des personnes morales aux affaires où le manque de contrôle au sein de la personne morale rend possible la commission de délits de corruption. Il vise à tenir pour responsables les personnes morales de l'absence de contrôle de la part des dirigeants sur les actes commis par des subordonnés pour le compte de la personne morale. Une disposition similaire existe aussi dans le deuxième Protocole additionnel à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des communautés européennes. Comme le paragraphe 1, elle oblige à établir non pas une responsabilité pénale dans ces cas mais une forme de responsabilité dont doit décider la Partie contractante elle-même.

88. Le paragraphe 3 précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité individuelle. Dans un cas concret, la responsabilité peut être établie en même temps à plusieurs niveaux, par exemple la responsabilité d'un organe etc. à distinguer de la responsabilité de la personne morale dans son ensemble et de la responsabilité individuelle qui peut se combiner avec l'une ou l'autre.

*Article 19**Sanctions et mesures*

89. Cet article est étroitement lié aux articles 2 à 14 qui définissent les divers actes de corruption que le droit pénal devrait sanctionner. Le premier paragraphe oblige explicitement les Parties contractantes à tirer les conséquences de la gravité de ces infractions en prévoyant des sanctions pénales qui soient „effectives, proportionnées et dissuasives“, expression que l’on retrouve aussi à l’article 5 de la Convention de l’Union européenne du 26 mai 1997 et à l’article 3, paragraphe 1 de la Convention de l’OCDE du 20 novembre 1997. Selon cette disposition, une peine de prison d’une certaine durée („pouvant donner lieu à l’extradition“) pourra être infligée aux personnes physiques reconnues coupables de cette infraction. Cela ne signifie pas qu’il faille prononcer une peine de prison pour tout délit de corruption établi dans la présente convention, mais que le Code pénal doit prévoir la possibilité d’un emprisonnement d’une certaine durée pour ces infractions.

90. Les infractions mentionnées à l’article 14 devant être sanctionnées en vertu, soit du droit pénal, soit du droit administratif, cet article ne s’applique à ces infractions que si elles ont été qualifiées d’infractions pénales.

91. Les personnes morales dont la responsabilité doit être établie conformément à l’article 18 sont également passibles de sanctions „effectives, proportionnées et dissuasives“, de caractère pénal, administratif ou civil. Le paragraphe 2 fait obligation aux Parties contractantes de prévoir la possibilité d’infliger des sanctions pécuniaires d’un certain niveau aux personnes morales jugées coupables d’un délit de corruption.

92. Il est évident que l’obligation de sanctionner au pénal les délits de corruption perdrait beaucoup de ses effets si elle n’était pas assortie de celle de prévoir des sanctions sévères appropriées. Tout en indiquant que des peines de prison et des sanctions pécuniaires peuvent être imposées pour les infractions en question, l’article laisse ouverte la possibilité d’autres sanctions reflétant la gravité des infractions. Il est certain que la convention ne peut avoir pour objectif de préciser les sanctions pénales à associer aux différentes infractions mentionnées aux articles 2 à 14. Sur ce point, les Parties doivent avoir toute latitude pour définir un système d’infractions et de sanctions pénales qui soit cohérent avec leur législation interne.

93. Le paragraphe 3 de l’article prévoit l’obligation générale pour les Parties contractantes de se doter des instruments juridiques appropriés pour permettre la confiscation ou d’autres formes de privation juridiques (par exemple, la confiscation dite „civile“) des moyens et des produits de la corruption, en fonction de la gravité des infractions mentionnées aux articles 2 à 14. Ce paragraphe doit être examiné en tenant compte de la Convention du Conseil de l’Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Strasbourg, 8 novembre 1990). Cette Convention repose sur l’idée que la confiscation des produits du crime est un moyen efficace de lutte contre la criminalité. Etant donné que l’avantage indu promis, donné, reçu ou accepté dans la plupart des délits de corruption a un caractère matériel, il est clair que les mesures aboutissant à la privation d’un bien lié à l’infraction ou résultant de cette infraction devraient être prévues dans ce domaine également.

94. L’article 1 de la Convention relative au blanchiment définit les termes „confiscation“, „instruments“, „produits“ et „biens“ employés dans cet article. Par „confiscation“, il est fait référence à toute sanction ou mesure pénale ordonnée par un tribunal à la suite d’une procédure liée à une infraction pénale aboutissant à la privation définitive du bien. Les „instruments“ couvrent tout l’éventail d’objets qui sont utilisés ou destinés à être utilisés en partie ou totalité pour commettre les infractions pénales définies aux articles 2 à 14. Le terme „produits“ signifie tout avantage économique et toute économie obtenue grâce à l’infraction commise. Il peut s’agir de tout „bien“ selon l’interprétation donnée à ce terme plus loin. Dans le libellé de ce paragraphe, il est tenu compte du fait qu’il peut y avoir des différences entre les législations nationales quant au type de bien qui peut être confisqué à la suite d’une infraction. Il peut être possible de confisquer des objets qui constituent (directement) le produit du crime ou d’autres biens appartenant aux délinquants qui, bien que non directement acquis grâce à l’infraction commise, correspond à la valeur du produit directement acquis de manière illégale, ce que l’on appelle

les „avoirs de substitution“. Le „bien“ doit donc être interprété, dans ce contexte, comme tout bien, matériel ou immatériel, meuble ou immeuble, document ou instrument juridique prouvant le titre de propriété ou l'intérêt dans cette propriété. Il faut noter que les Parties Contractantes ne sont pas tenues de prévoir la confiscation pénale de biens de substitution puisque les mots „ou de priver autrement“ autorisent également la confiscation dite „civile“.

Article 20

Autorités spécialisées

95. Aux termes de cet article, les Parties contractantes doivent adopter les mesures nécessaires pour promouvoir la spécialisation de personnes ou d'unités dans la lutte contre la corruption. Cette disposition répond, entre autres, à la nécessité d'améliorer à la fois la spécialisation et l'indépendance des personnes ou unités chargées de lutter contre la corruption, déjà affirmée dans de nombreux documents du Conseil de l'Europe. L'exigence d'une spécialisation ne signifie pas qu'il doive exister une spécialisation à tous les niveaux d'application de la loi. Cela ne nécessite notamment pas qu'il y ait, dans chaque parquet ou dans chaque poste de police, une unité spécialisée ou un expert sur les infractions de corruption. En même temps, cette disposition implique que là où cela est nécessaire pour lutter efficacement contre la corruption, il doit exister des unités chargées d'appliquer la loi ou du personnel ayant une formation suffisante.

96. Dans ce contexte, il faudrait faire d'abord référence aux conclusions et recommandations de la première conférence pour agents spécialisés en matière de lutte contre la corruption, qui s'est tenue à Strasbourg en avril 1996. Dans leurs recommandations, les participants ont reconnu entre autres que „la corruption est un phénomène dont la prévention, l'investigation et la répression doivent jouer sur de multiples plans, nécessitant la conjugaison d'un savoir-faire spécifique en de multiples domaines (droit, finances, économie, techniques comptables, ingénieurs de travaux publics, ...). Chaque Etat doit donc disposer d'experts spécialisés dans la lutte contre la corruption. Ils doivent être suffisamment nombreux et dotés de moyens matériels adéquats. La spécialisation peut prendre différentes formes: on peut opter pour la spécialisation d'un certain nombre de policiers, juges, procureurs et administrateurs ou pour des instances ou unités spécialement chargées de plusieurs aspects de la lutte contre la corruption. L'étendue des pouvoirs des unités ou personnes spécialisées doit être relativement large et comprendre un droit d'accès à toutes les informations et aux dossiers qui peuvent présenter un intérêt pour la lutte contre la corruption.“

97. Deuxièmement, il convient de noter que les conclusions et recommandations de la deuxième Conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, qui s'est déroulée à Tallinn en octobre 1997, recommandaient aussi que „les juges et procureurs doivent jouir d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions, bénéficier d'une formation suffisante dans la lutte contre ce type de comportement criminel et disposer des moyens et ressources suffisantes afin d'atteindre cet objectif“.

98. Troisièmement, la Résolution (97) 24 sur les vingt Principes directeurs de la lutte contre la corruption, énonce dans son Principe No 3 que les Etats devraient „assurer que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, soient libres de toute influence incompatible avec leur statut et disposent de moyens adéquats pour l'obtention de preuves; assurer la protection des personnes qui aident les autorités à lutter contre la corruption et sauvegarder le secret de l'instruction“.

99. Il convient de noter que l'indépendance des autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption ne devrait pas être absolue. En effet, leurs activités devraient, autant que possible, être intégrées et coordonnées avec celles menées par la police, l'administration ou le parquet. Le degré d'indépendance requis pour ces services spécialisés est celui qui leur permet d'accomplir correctement leurs fonctions.

100. En outre, les unités mentionnées à l'article 20 peuvent être soit des services spéciaux créés pour les besoins de la lutte contre la corruption soit des unités spécialisées constituées au sein d'organismes

existants. Ces unités devraient avoir le savoir-faire et disposer des moyens juridiques et matériels adéquats pour au moins recevoir et centraliser toutes les informations nécessaires pour prévenir la corruption et la démasquer. En outre, et indépendamment du rôle d'autres organismes nationaux traitant de la coopération internationale, ces autorités spécialisées pourraient être aussi les partenaires d'unités étrangères chargées de lutter contre la corruption.

Article 21

Coopération entre autorités

101. La responsabilité de la lutte contre la corruption n'incombe pas exclusivement aux autorités de police. Le rôle que peuvent jouer les administrations fiscales en la matière a déjà été reconnu dans les 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption (voir le 8e principe). Les rédacteurs de la présente convention ont estimé que la collaboration avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales était un aspect important d'une action cohérente et efficace contre les auteurs des infractions de corruption définies dans la convention. L'article 21 prévoit une obligation générale d'assurer la collaboration de toutes les autorités publiques avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales. Evidemment, l'objectif de cette disposition n'est pas de garantir qu'un niveau de coopération suffisant soit atteint dans tous les cas, mais d'imposer aux Parties contractantes l'adoption de mesures visant à assurer un niveau de collaboration adéquat entre les autorités nationales. L'article 21 ne précise pas quelles autorités sont chargées de signaler les infractions de corruption, mais elles devraient être définies dans un sens large par la législation nationale. En effet, elles peuvent englober notamment l'administration fiscale, les autorités administratives, les commissaires aux comptes et les inspecteurs du travail: en somme, toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, peut obtenir des informations sur d'éventuelles infractions de corruption. Les organismes les plus susceptibles de détenir de telles informations, nécessaires aux autorités de police, sont ceux qui sont chargés de superviser et de contrôler le fonctionnement de différents aspects de l'administration publique.

102. Cet article précise que l'obligation générale de collaborer avec les autorités de police dans le cadre des investigations et poursuites des infractions de corruption doit être remplie „en conformité avec le droit national“. La référence au droit national signifie que l'étendue du devoir de collaboration avec la police doit être définie par les dispositions internes applicables à l'agent ou à l'autorité concernés, par exemple, une procédure d'autorisation. L'article 21 ne fait donc pas obligation aux Parties contractantes de modifier leur système juridique si celui-ci ne prévoit pas l'obligation générale, pour les agents publics, de signaler les infractions ou s'il instaure des procédures spécifiques en la matière.

103. Le rôle du droit national est confirmé par le fait que les modes de collaboration, décrits aux alinéas a) et b), sont présentés sous forme d'alternative et non pas, nécessairement, de manière cumulative. Par conséquent, un agent public peut remplir son obligation de collaborer avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales, soit en informant ces autorités, de sa propre initiative, de l'existence de motifs raisonnables de considérer qu'une infraction a été commise, soit en leur fournissant les informations qu'elles demandent. Les Parties contractantes seront habilitées à choisir entre ces deux solutions.

Alinéa a)

104. La première solution consiste à autoriser ou même à contraindre l'agent en question à avertir les autorités de police lorsqu'il apprend qu'une infraction de corruption aurait été commise. L'expression „motifs raisonnables“ signifie que l'agent est tenu d'avertir la police dès qu'il juge probable qu'une infraction de corruption ait été commise. Le degré de probabilité requis devrait être identique à celui qui permet d'ouvrir une enquête de police ou d'entamer des poursuites.

Alinéa b)

105. Cet alinéa concerne l'obligation de donner des renseignements sur demande. Il prévoit le principe fondamental selon lequel les autorités doivent fournir aux autorités chargées des investigations et poursuites toutes les informations nécessaires, dans le respect des garanties et procédures établies par le droit national. Ce qui est entendu par „informations nécessaires“ devra être déterminé conformément à la loi nationale.

106. La loi nationale peut évidemment prévoir des exceptions au principe général selon lequel les informations doivent être fournies, par exemple, lorsque les informations concernent des renseignements secrets relatifs à la protection d'intérêts nationaux ou d'autres intérêts supérieurs.

Article 22

Protection des collaborateurs de justice et des témoins

107. Aux termes de l'article 22, les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer une protection effective et appropriée aux collaborateurs de justice et aux témoins.

108. A cet égard, il convient de rappeler que dans les conclusions et recommandations de la 2e conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption (Tallinn, octobre 1997), les participants ont déjà reconnu que, pour lutter efficacement contre la corruption, „il y a lieu de prévoir un système approprié de protection des témoins et des personnes qui coopèrent avec la justice, non seulement en adoptant des normes juridiques adéquates, mais également en prévoyant les ressources budgétaires nécessaires à cet effet“. De plus, „il doit être prévu d'accorder des immunités ou de réduire les peines pour les personnes mises en examen pour des infractions de corruption, lorsqu'elles facilitent l'enquête, révèlent des faits ou empêchent l'infraction de se réaliser“.

109. Toutefois, c'est dans la Recommandation No R (97) 13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 10 septembre 1997, que la question de la protection des collaborateurs de justice et des témoins a été traitée de manière globale par l'Organisation. Cette recommandation énonce un ensemble de principes qui pourraient orienter la législation nationale relative à la lutte contre l'intimidation des témoins, qu'il s'agisse du code de procédure pénale ou des dispositions visant à protéger les témoins hors du tribunal. La recommandation propose aux Etats membres une liste de mesures pouvant contribuer à assurer efficacement la protection des intérêts des témoins et du système de justice pénale, tout en garantissant à la défense des possibilités d'exercer ses droits lors de la procédure pénale.

110. Les rédacteurs de la Convention, inspirés notamment par la recommandation mentionnée ci-dessus, ont estimé que l'expression „collaborateur de justice“ s'entend de toute personne qui est elle-même mise en examen ou qui a été condamnée pour avoir participé à des infractions de corruption – définies dans les articles 2 à 14 de la convention –, mais qui accepte de coopérer avec des services de répression pénale, en particulier en les renseignant sur les infractions de corruption auxquelles elle a participé, pour leur permettre de procéder aux investigations et poursuites.

111. Par ailleurs, le terme de „témoin“ désigne toute personne qui dispose d'informations en rapport avec une affaire pénale concernant des infractions de corruption définies aux articles 2 à 14 de la convention et inclut les indicateurs.

112. L'intimidation des témoins, directe ou indirecte, peut prendre différentes formes, mais elle vise presque toujours à éliminer les preuves à la charge des défendeurs en vue de leur acquittement pour défaut de preuves et, exceptionnellement, à fournir des preuves à la charge des défendeurs pour les faire condamner.

113. L'expression „protection effective et appropriée“, utilisée à l'article 22, fait référence à la nécessité d'adapter le niveau de protection aux menaces qui pèsent sur les collaborateurs de justice, les témoins et les indicateurs. Dans certains cas il suffit, par exemple, de préserver leur anonymat pendant le procès, dans d'autres cas ils ont besoin de gardes du corps et dans des cas extrêmes, des mesures de protection des témoins de plus grande envergure, notamment un changement d'identité, d'emploi et de domicile, peuvent être nécessaires.

Article 23

Mesures visant à faciliter la collecte des preuves et la confiscation des produits

114. Cette disposition prend en compte la difficulté de réunir des preuves pouvant conduire à la poursuite et à la condamnation des auteurs des infractions de corruption définies dans la convention. Presque toutes les infractions de corruption reposent sur un „pacte de silence“ entre la personne qui effectue le

paiement illicite et celle qui en bénéficie. En général, aucune des deux n'a intérêt à révéler l'existence et les modalités de l'accord malhonnête conclu entre elles. Aux termes du paragraphe 1, les Etats parties sont donc tenus d'adopter les mesures qui faciliteront la collecte de preuves relatives à l'une des infractions définies dans les articles 2 à 14. Compte tenu de la difficulté de réunir des preuves, déjà évoquée, l'article 23 fait obligation aux Parties d'autoriser l'utilisation de „techniques d'investigation spéciales“. Il n'énumère pas ces techniques, mais les rédacteurs de la convention pensaient notamment aux agents infiltrés, à la mise sur écoute d'une ligne téléphonique, à l'interception de télécommunications et à l'accès aux systèmes informatiques. Il est également fait état de ces techniques d'investigation spéciales dans des instruments précédents comme la Convention des Nations Unies de 1988, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE No141, article 4) et les quarante recommandations adoptées par le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). La plupart de ces techniques empiètent considérablement sur la vie privée et risquent de faire naître des difficultés d'ordre constitutionnel quant à leur compatibilité avec les libertés et droits fondamentaux. C'est pourquoi les Parties sont libres d'interdire, dans leur droit interne, le recours à certaines de ces techniques. De plus, la référence à la „législation nationale“ faite au paragraphe 1 devrait permettre aux Parties d'entourer l'utilisation de ces techniques d'investigation spéciales d'autant de protections et de garanties qui se révèlent nécessaires pour protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

115. La seconde partie du paragraphe 1 de l'article 23 est étroitement liée au paragraphe 3 de l'article 19. Elle requiert, aux fins de l'application de l'article 19, l'adoption d'instruments juridiques autorisant les Parties contractantes à prendre les dispositions provisoires nécessaires en attendant que soient adoptées les mesures conduisant à la confiscation. L'efficacité des mesures de confiscation dépend en pratique des possibilités de mener les investigations permettant d'évaluer les gains ou économies réalisés et de déterminer comment les profits ont été mis en dépôt (officiellement ou non). Il est nécessaire de veiller à ce que les autorités chargées de ces investigations soient habilitées à geler les biens corporels et incorporels qu'elles ont localisés, pour éviter qu'ils ne disparaissent avant qu'une décision sur leur confiscation n'ait été prise ou exécutée (voir les articles 3 et 4 de la convention relative au blanchiment).

Chapitre III – Suivi de la mise en oeuvre

Article 24

Suivi

116. La mise en oeuvre de la Convention sera suivie par le „Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO“. La création d'un mécanisme efficace pour surveiller la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux de lutte contre la corruption a été considérée, dès le début, comme un élément indispensable à l'efficacité et à la crédibilité de l'initiative du Conseil de l'Europe dans ce domaine (voir, entre autres, les résolutions adoptées lors de la 19e et de la 21e Conférence des ministres européens de la Justice, le mandat du Groupe multidisciplinaire sur la corruption, le Programme d'action contre la corruption, la déclaration finale et le plan d'action du 2e Sommet de chefs d'Etat et de gouvernement). Par sa Résolution (98) 7 adoptée lors de sa 102e session (5 mai 1998), le Comité des Ministres a autorisé la création d'un organe de suivi, le GRECO, sous la forme d'un accord partiel élargi établi en vertu de la Résolution statutaire (93) 28 (complétée par la Résolution (96) 36). Les Etats membres et non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord ont été invités à notifier leur intention de participer au GRECO, qui commencerait à fonctionner le premier jour du mois suivant la date à laquelle la 14e notification émanant d'un Etat membre parviendrait au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Par voie de conséquence, le ... 1998, ... [Etats membres], ainsi que ... [Etats non membres figurant dans la résolution constitutive] ont adopté la Résolution (98) ... instituant le GRECO et contenant son statut.

117. Le GRECO surveillera la mise en oeuvre de la présente Convention conformément à son Statut, annexé à la Résolution (98) ... Le GRECO a pour objectif d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en oeuvre des engagements qu'ils ont pris dans ce domaine, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles (article 1 du

Statut). Les fonctions, la composition, le fonctionnement et les procédures du GRECO sont décrites dans son Statut.

118. Si un Etat est déjà membre du GRECO au moment de l'entrée en vigueur de cette Convention, ou bien, ultérieurement, au moment où il ratifie la présente Convention, cela aura pour conséquence que le champ d'application du suivi assuré par le GRECO sera élargi à la mise en oeuvre de la présente Convention. Si un Etat n'est pas membre du GRECO au moment de l'entrée en vigueur ou, ultérieurement de sa ratification de la présente Convention, cette disposition, combinée à l'article 32, paragraphes 3 et 4 ou à l'article 33, paragraphe 2 impose l'adhésion obligatoire et automatique au GRECO. Cela suppose donc l'obligation d'accepter de faire l'objet d'un suivi conformément aux procédures précisées dans son statut, à compter de la date à laquelle la Convention entre en vigueur à l'égard de l'Etat en question.

Chapitre IV – *Coopération internationale*

Article 25

Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

119. Les Principes directeurs de la lutte contre la corruption (Principe 20) contiennent l'engagement de développer le plus largement possible la coopération internationale dans tous les domaines de la lutte contre la corruption. Le présent Chapitre IV qui concerne les mesures à prendre au niveau international a fait l'objet de discussions longues et approfondies au sein du groupe, qui est l'auteur de la convention. Ces délibérations ont surtout porté sur la question de savoir si la convention devrait ou non comprendre un Chapitre autonome, important et assez détaillé recouvrant plusieurs thèmes qui relèvent du domaine de la coopération internationale en matière pénale, ou s'il devrait simplement renvoyer aux traités multilatéraux ou bilatéraux qui existent dans ce domaine. Certains arguments militaient en faveur de cette dernière option, par exemple le risque de créer la confusion chez les praticiens en multipliant les règles de coopération dans des conventions qui concernent des infractions spécifiques ou de les rendre moins enclins à consulter des conventions générales. L'utilité de l'insertion d'un chapitre pouvant servir de fondement juridique à la coopération dans le domaine de la corruption était justifiée par les difficultés particulières que l'on rencontre pour obtenir la coopération nécessaire à la poursuite des infractions en matière de corruption – problème largement reconnu et affirmé avec éloquence, entre autres, par l'„Appel de Genève“. Son utilité était aussi justifiée par le fait qu'il s'agit d'une convention ouverte et que certaines des Parties contractantes ne seraient pas – dans certains cas ne pourraient pas – être Parties aux traités du Conseil de l'Europe relatifs à la coopération internationale en matière pénale et ne seraient pas parties à des traités bilatéraux dans ce domaine avec la plupart des autres Parties contractantes. En l'absence de dispositions conventionnelles, certaines Parties non membres du Conseil de l'Europe rencontreraient des difficultés s'agissant de coopérer avec les autres Parties. Aussi des Etats non membres susceptibles de devenir Parties à la présente Convention ont-ils souligné que la coopération serait facilitée si la présente convention était indépendante et contenait, en ce qui concerne la coopération internationale, des dispositions pouvant servir de fondement juridique à la coopération requise par les autres Parties contractantes. Les rédacteurs de la Convention ont fini par accepter d'y insérer le présent chapitre, à titre d'ensemble de règles subsidiaires applicables en l'absence de traités multilatéraux ou bilatéraux contenant des dispositions plus favorables.

120. L'article 25 a donc été conçu comme une disposition servant d'introduction à l'ensemble du chapitre IV. Il a pour but de concilier le respect des traités ou accords de coopération internationale en matière pénale avec la nécessité d'instaurer un fondement juridique spécifique à la coopération prévue par la présente convention. En vertu du paragraphe 1, les Parties s'engagent à s'accorder la coopération la plus large possible conformément aux instruments internationaux existants, aux accords conclus sur la base de législations uniformes ou réciproques et à leur droit national aux fins d'investigations et de procédures liées aux infractions pénales relevant du champ d'application de la présente convention. La référence aux instruments de coopération internationale en matière pénale est formulée de manière générale. Elle vise, bien entendu, les conventions ci-après du Conseil de l'Europe: la Convention d'extradition (STE No 24) et ses protocoles additionnels (STE Nos 86 et 98), la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale (STE No 30) et son protocole (STE No 99), la Convention pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (STE No 51), la Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs (STE No 70), la Convention sur la transmission des procédures

répressives (STE No 73), la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE No 112), la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE No 141). Elle concerne aussi les accords multilatéraux conclus au sein d'autres organisations supranationales ou internationales, ainsi que les accords bilatéraux conclus par les Parties. La référence aux instruments internationaux de coopération internationale en matière pénale ne se limite pas aux instruments en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention mais concerne aussi les instruments qui pourraient être adoptés à l'avenir.

121. Selon le paragraphe 1, la coopération peut aussi être fondée sur des „arrangements établis sur la base de législations uniformes ou réciproques“. Il s'agit, entre autres, du système de coopération mis en place entre les pays nordiques, qu'admettent aussi la Convention européenne d'extradition (STE No 24, article 28, paragraphe 3) et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE No 30, article 26, paragraphe 4). Bien entendu, la coopération peut aussi être accordée en vertu du droit national des Parties.

122. Le deuxième paragraphe consacre le caractère subsidiaire du chapitre IV en prévoyant que les articles 26 à 31 s'appliquent en l'absence des instruments ou arrangements internationaux visés au paragraphe précédent. Il n'y a évidemment ici aucune référence au droit national, car les Parties peuvent toujours appliquer leur propre législation en l'absence d'instruments internationaux. Cette disposition a pour finalité d'offrir aux Parties incapables d'agir en raison de l'absence de traité international un fondement juridique leur permettant d'accorder la coopération requise.

123. Le paragraphe 3 consacre une dérogation au caractère subsidiaire du chapitre IV, en prévoyant que, malgré l'existence d'instruments ou arrangements internationaux en vigueur, les articles 26 à 31 s'appliquent aussi lorsqu'ils sont plus favorables. L'expression „plus favorable“ vise la coopération internationale. Elle signifie que ces dispositions doivent s'appliquer si, de ce fait, il est possible d'offrir une forme de coopération que, sans cela, il n'aurait pas été possible d'offrir. Tel serait le cas, par exemple, des dispositions contenues dans les articles 26, paragraphe 3, l'article 27, paragraphes 1 et 3 ou l'article 28. Cela signifie aussi que l'application des articles 26 à 31 simplifiera, facilitera ou accélérera l'octroi de la coopération requise.

Article 26

Entraide

124. Cette disposition traduit dans le domaine spécifique de l'entraide judiciaire l'obligation de coopérer dans la mesure la plus large possible, qui figure à l'article 25, paragraphe 1. Les demandes d'entraide judiciaire n'ont pas besoin d'être limitées à la collecte de preuves dans des affaires de corruption; elles pourraient concerner d'autres aspects, tels que les notifications, la restitution des produits du crime ou la transmission de dossiers. Cette disposition contient une condition supplémentaire: que la demande soit traitée „sans délai“. L'expérience montre que, très souvent, des actes qui ont besoin d'être accomplis en dehors du territoire de l'Etat où se déroule l'enquête exigent de longs délais, ce qui constitue un obstacle au bon déroulement de l'enquête et peut même compromettre celle-ci.

125. Le paragraphe 2 donne la possibilité de refuser des demandes d'entraide judiciaire formulées en application de la présente Convention. Les motifs de rejet de ces demandes peuvent être fondés sur l'atteinte à la souveraineté de l'Etat, la sécurité, l'ordre public et autres intérêts fondamentaux de la Partie requise. L'expression „intérêts fondamentaux de l'Etat“ peut être interprétée comme donnant la possibilité à la Partie requise de refuser l'entraide judiciaire dans les cas où des principes fondamentaux de son système judiciaire sont en jeu, lorsque des considérations relatives à la protection des Droits de l'Homme doivent prévaloir et, de manière générale, lorsque la Partie requise a des raisons valables pour considérer que les poursuites pénales engagées par la Partie requérante ont été dénaturées ou détournées à des fins autres que celles de lutter contre la corruption.

126. Le paragraphe 3 rejette la possibilité d'invoquer le secret bancaire comme motif de refus de l'assistance demandée. Le texte de cette disposition s'inspire de celui de l'article 18, paragraphe 7 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE No 141). On trouve aussi une disposition analogue dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers (article 9, paragraphe 3). Avant d'accorder l'assistance

demandée qui implique la levée du secret bancaire, la Partie requise peut, si son droit interne le prévoit, exiger l'autorisation d'une autorité judiciaire compétente en matière pénale.

Article 27

Extradition

127. Tirant toutes les conséquences de leur gravité, les paragraphes 1 et 3 disposent que les infractions en matière de corruption qui relèvent du champ d'application de la présente Convention sont réputées être des infractions pouvant donner lieu à extradition. Une telle obligation découle aussi de l'article 19, paragraphe 1, selon lequel ces infractions doivent faire encourir à leur auteur une sanction privative de liberté pouvant donner lieu à extradition. Cela ne signifie pas que l'extradition doive être accordée chaque fois que la demande en est faite mais plutôt qu'il faut avoir la possibilité d'accorder l'extradition des personnes qui ont commis l'une des infractions établies en vertu de la présente Convention. Conformément au paragraphe 1, il est obligatoire d'inclure les infractions de corruption dans la liste de celles qui peuvent donner lieu à extradition à la fois dans les traités d'extradition en vigueur et dans ceux qui seront conclus dans l'avenir. Conformément au paragraphe 3, les Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité doivent reconnaître que ces infractions peuvent donner lieu à extradition.

128. Conformément au paragraphe 2, la Convention peut servir de base légale à l'extradition pour les Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité. Une Partie qui n'accorderait pas l'extradition soit parce qu'elle n'a pas de traité d'extradition avec la Partie requérante soit parce que les traités en vigueur ne s'appliqueraient pas à une demande formulée pour une infraction de corruption établie en vertu de la présente Convention, peut considérer la Convention elle-même comme fondement permettant de remettre la personne demandée.

129. Le paragraphe 4 prévoit la possibilité de rejeter une demande d'extradition parce que les conditions fixées par les traités applicables ne sont pas réunies. La Partie requise peut aussi rejeter la demande pour les motifs autorisés par ces traités. Il convient de noter en particulier que la Convention ne prive pas les Parties contractantes du droit de refuser l'extradition si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée comme une infraction politique.

130. Le paragraphe 5 contient le principe „aut dedere aut judicare“, „extrader ou punir“. Il s'inspire de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne d'extradition (STE No 24). Cette disposition a pour but d'éviter l'impunité des auteurs d'infractions de corruption. La Partie qui refuse l'extradition est expressément tenue d'exercer des poursuites pénales à l'encontre du délinquant et d'informer la Partie requérante de l'issue de cette action.

Article 28

Informations spontanées

131. Il arrive de plus en plus fréquemment, compte tenu du caractère transnational de nombreuses infractions de corruption, qu'une autorité enquêtant sur une infraction de corruption sur son territoire découvre des informations indiquant qu'une infraction a pu être commise sur le territoire d'un autre Etat. Cette disposition, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE No 141), supprime la nécessité d'une demande préalable pour la transmission d'informations pouvant aider la Partie destinataire à effectuer une enquête ou à engager des poursuites concernant des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention. Cependant, la communication spontanée de telles informations n'empêche pas la Partie qui les communique, si elle est compétente, d'effectuer une enquête ou d'engager des poursuites en ce qui concerne les faits divulgués.

Article 29

Autorité centrale

132. La mise en place d'autorités centrales chargées d'envoyer les demandes et d'y répondre est une caractéristique commune des instruments modernes de coopération internationale en matière pénale. Il

s'agit d'un moyen permettant d'assurer correctement et rapidement la transmission de ces demandes. Dans le cas des Etats fédéraux ou confédéraux, les autorités compétentes des Etats, des cantons ou des entités qui constituent la Fédération sont parfois mieux à même de traiter rapidement les demandes de coopération qui émanent d'autres Parties. La mention de la possibilité de désigner „plusieurs autorités centrales“ vise cette question particulière. Cette disposition n'oblige pas les Parties contractantes à désigner une autorité centrale spécifique aux fins de la coopération internationale contre les infractions établies en vertu de la présente Convention. Elles pourraient désigner des autorités qui existent déjà et qui ont une compétence générale en matière de coopération internationale.

133. Chaque Partie est invitée à fournir au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des détails pertinents concernant la ou les autorité(s) centrale(s) désignée(s) en vertu du paragraphe 1. Conformément à l'article 40, le Secrétaire Général mettra ces informations à la disposition des autres Parties contractantes.

Article 30

Correspondance directe

134. Les autorités centrales désignées conformément à l'article précédent communiquent directement entre elles. Cependant, en cas d'urgence, les demandes d'entraide judiciaire peuvent être envoyées directement par les juges et les procureurs de l'Etat requérant aux juges et aux procureurs de l'Etat requis. L'urgence doit être appréciée par le juge ou le procureur qui envoie la demande. Le juge ou le procureur qui suit cette procédure doit adresser une copie de la demande à sa propre autorité centrale, en vue de sa transmission à l'autorité centrale de l'Etat requis. Conformément au paragraphe 3 de cet article, les demandes peuvent être transmises par l'intermédiaire d'Interpol. Conformément au paragraphe 5, elles peuvent aussi être transmises directement – c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire d'autorités centrales – même s'il n'y a pas d'urgence, lorsque l'autorité de l'Etat requis est en mesure de satisfaire à la demande sans recourir à des mesures coercitives. Les autorités de l'Etat requis qui reçoivent une demande échappant à leur domaine de compétence ont, en vertu du paragraphe 4, une double obligation. En premier lieu, elles doivent transmettre la demande à l'autorité compétente de l'Etat requis. En second lieu, elles doivent informer les autorités de l'Etat requérant de la transmission qui a été effectuée. Le paragraphe 6 du présent article consacre la possibilité pour une Partie d'informer les autres Parties, par l'intermédiaire du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que, dans un souci d'efficacité, les communications directes doivent être adressées à l'autorité centrale. En effet, dans certains pays, la communication directe entre autorités judiciaires peut provoquer des retards et des difficultés accrues pour la mise en oeuvre de la coopération requise.

Article 31

Information

135. Cette disposition consacre l'obligation pour la Partie requise d'informer la Partie requérante du résultat des mesures prises à la suite de la demande de coopération internationale. Il est exigé en outre que les informations soient envoyées sans délai si les circonstances rendent impossible la satisfaction de la demande ou risquent de la retarder considérablement.

Chapitre V – Dispositions finales

136. A quelques exceptions près, les dispositions qui figurent dans cette partie s'inspirent, pour la plupart, du „Modèle de clauses finales des conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe“, approuvé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, lors de la 315^e réunion des Délégués des Ministres, en février 1980. Aussi la plupart de ces articles ne nécessitent-ils pas de commentaires spécifiques, mais les points suivants exigent quelques explications.

137. L'article 32, paragraphe 1, s'inspire de plusieurs précédents établis dans d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, par exemple la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE No 112) et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie

et à la confiscation des produits du crime (STE No 141), qui permettent la signature, avant l'entrée en vigueur de la Convention, non seulement des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aussi des Etats non membres qui ont participé à l'élaboration de la Convention. Ces Etats sont le Bélarus, la Bosnie et Herzégovine, le Canada, la Géorgie, le Saint-Siège, le Japon, le Mexique et les Etats-Unis d'Amérique. Lorsque la Convention entrera en vigueur, conformément au paragraphe 3 de cet article, d'autres Etats non membres, qui ne sont pas concernés par cette disposition, pourront être invités à adhérer à la Convention conformément à l'article 33 paragraphe 1.

138. L'article 32 paragraphe 3 exige 14 ratifications pour l'entrée en vigueur de la Convention. Il s'agit d'un nombre de ratifications qui est inhabituellement élevé pour une convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit pénal. La raison en est que l'incrimination de la corruption, surtout de la corruption internationale, ne peut être effective que si un nombre élevé d'Etats s'engagent à prendre les mesures nécessaires en même temps. On s'accorde généralement à reconnaître que la corruption a des répercussions sur le commerce international parce qu'elle empêche le jeu des règles de la concurrence et modifie le bon fonctionnement de l'économie de marché. Certains pays ont estimé qu'ils pénaliseraient leurs entreprises nationales s'ils prenaient au niveau international l'engagement d'incriminer la corruption sans que d'autres pays n'assument d'obligations analogues. Afin d'éviter de devenir un handicap pour les entreprises nationales de quelques Parties contractantes, la présente convention exige qu'un grand nombre d'Etats s'engagent à la mettre en oeuvre en même temps.

139. La deuxième phrase des paragraphes 3 et 4 de l'article 32 ainsi que de l'article 33 paragraphe 2, combinée à l'article 24, entraîne l'adhésion automatique et obligatoire au GRECO pour les Parties contractantes qui n'étaient pas encore membres de cet organe de suivi au moment de l'entrée en vigueur de la Convention ou, ultérieurement, au moment de leur ratification de la Convention.

140. L'article 33 a aussi été rédigé à partir de plusieurs précédents établis dans d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le Comité des Ministres peut, de son propre chef ou sur demande, et après avoir consulté les Parties, inviter tout Etat non membre à adhérer à la Convention. Cette disposition vise uniquement les Etats non membres qui n'ont pas participé à l'élaboration de la Convention.

141. Conformément à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'article 35 est destiné à assurer la coexistence de la Convention avec d'autres traités – multilatéraux ou bilatéraux – concernant des questions qui font aussi l'objet de la présente Convention. Ces questions sont décrites par le paragraphe 1 de l'article 35 comme des „questions particulières“. Le paragraphe 2 de l'article 35 exprime de manière positive le fait que les Parties peuvent, à certaines fins, conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux concernant des questions qui font aussi l'objet de la Convention. Le paragraphe 3 de l'article 35 préserve le maintien de l'application des accords, traités ou relations qui portent sur des thèmes abordés dans la présente Convention, par exemple, dans le cadre de la coopération nordique.

142. Conformément aux dispositions de l'article 36, les Parties peuvent déclarer ériger en infraction pénale la corruption active d'agents publics étrangers, de juges et d'agents de cours internationales uniquement dans la mesure où l'avantage indu offert, proposé ou donné a pour but d'induire l'agent public ou juge à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels. Pour les auteurs de la Convention, la notion de „violation de devoirs“ doit être interprétée au sens large et implique que l'agent public est soumis aussi au devoir d'exercer son jugement ou sa marge d'appréciation de manière impartiale. Cette notion n'exige pas la preuve de la loi prétendument violée par l'agent public.

143. L'article 37 prévoit, dans ses paragraphes 1 et 2, de nombreuses possibilités de réserve. Ceci résulte du fait que la présente Convention est un document ambitieux, qui prévoit la criminalisation d'un grand nombre d'infractions de corruption, y compris certaines qui sont relativement nouvelles pour certains Etats. En outre, les règles en matière de compétence sont très larges. Dès lors, selon les auteurs de la Convention, il est approprié d'inclure des possibilités pour les futurs Etats Parties de formuler des réserves qui leur permettront d'harmoniser progressivement leur législation anticorruption avec les exigences de la Convention. De plus, ces réserves ont pour objectif de permettre le plus grand

nombre de ratifications de la Convention, tout en permettant aux Parties contractantes de préserver certains de leurs concepts juridiques fondamentaux. En tout état de cause, il paraît nécessaire d'assurer un équilibre entre les intérêts des Parties contractantes pour qu'elles puissent jouir d'un maximum de flexibilité dans l'adaptation aux obligations découlant de la Convention avec la nécessité d'assurer la mise en oeuvre progressive de cet instrument.

144. Les auteurs de la Convention ont, bien entendu, tenté de restreindre l'utilisation des réserves dans l'objectif d'assurer dans toute la mesure du possible une mise en oeuvre uniforme de la Convention par les Parties Contractantes. Ainsi, l'article 37 contient-il un certain nombre de restrictions en ce qui concerne l'usage de réserves. Il indique tout d'abord que des réserves ne peuvent être formulées qu'au moment de la ratification à l'égard des dispositions mentionnées au paragraphe 1, lequel contient par conséquent un *numerus clausus*. Une restriction plus importante se trouve au paragraphe 4 de cette disposition qui limite le nombre de réserves que chacune des Parties Contractantes est autorisée à formuler.

145. De surcroît, les réserves et déclarations ont une validité limitée à trois ans. Passé ce délai, les réserves et déclarations deviennent caduques sauf si elles sont reconduites expressément. Le paragraphe 2 de l'article 38 prévoit une procédure en vertu de laquelle les réserves et déclarations qui n'ont pas été reconduites deviennent automatiquement caduques. Enfin, les Parties contractantes seront tenues de justifier devant le GRECO le maintien d'une réserve ou déclaration. Les Parties devront fournir au GRECO, à la demande de celui-ci, des explications quant aux motifs justifiant le maintien d'une réserve ou déclaration. Le GRECO pourra demander de telles explications au cours de la période initiale ou des périodes ultérieures de validité des réserves ou déclarations. En cas de reconduction d'une réserve ou déclaration, le GRECO n'aura nullement besoin de formuler une demande préalable, les Parties contractantes étant automatiquement tenues de fournir des explications avant la reconduction. Dans tous les cas, le GRECO aura la possibilité d'examiner les explications fournies par la Partie concernée pour justifier le maintien de ses réserves ou déclarations. Les rédacteurs de la Convention comptaient sur le système de pressions mutuelles suivi par le GRECO pour influencer sur les décisions des Parties Contractantes concernant le maintien ou le retrait des réserves et déclarations.

146. La procédure d'amendement prévue par l'article 39 est conçue essentiellement pour les modifications mineures d'ordre procédural. En effet, les modifications importantes de la Convention pourraient se faire sous la forme de protocoles additionnels. En outre, conformément au paragraphe 5 de l'article 39, tout amendement adopté n'entrerait en vigueur que lorsque toutes les Parties auraient informé le Secrétaire Général de leur acceptation. La procédure d'amendement de la présente Convention prévoit la consultation des Etats parties non membres, qui ne sont pas membres du Comité des Ministres ni du CDPC.

147. L'article 40, paragraphe 1, stipule que le CDPC doit être tenu informé de l'interprétation et de l'application des dispositions de la Convention. Le paragraphe 2 de cet article impose aux Parties l'obligation de s'efforcer de parvenir au règlement amiable de tout différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention. Toute procédure de règlement des différends doit être choisie d'un commun accord.

*

**APPEL DU COMITE DES MINISTRES POUR QUE LES ETATS
LIMITENT DANS TOUTE LA MESURE DU POSSIBLE LES RESERVES
A LA CONVENTION PENALE SUR LA CORRUPTION**

Le Comité des Ministres a adopté, lors de la présente 103e session ministérielle (4 novembre 1998), la Convention pénale sur la corruption. Il s'agit, à ses yeux, d'un texte ambitieux, d'une large portée juridique qui aura un impact considérable dans la lutte contre ce phénomène en Europe.

Le texte de la Convention prévoit un certain nombre de possibilités de réserves qui se sont avérées nécessaires en vue de permettre une adaptation progressive des Etats parties aux engagements découlant de cet instrument. Le Comité des Ministres est convaincu que le suivi régulier des réserves par le „Groupe d'Etats contre la Corruption – GRECO“ permettra de réduire rapidement le nombre de celles qui seront formulées au moment de la ratification ou de l'adhésion à la Convention.

Toutefois, afin de préserver la plus grande uniformité possible quant aux engagements qui découleront de la Convention et de permettre à ce texte de déployer, dès son entrée en vigueur, tous ses effets bénéfiques, le Comité des Ministres lance un appel à tous les Etats qui souhaitent en devenir parties pour qu'ils réduisent dans toute la mesure du possible le nombre de réserves qu'ils formuleront lorsqu'ils expriment leur consentement à être liés par ce traité, et aux Etats qui néanmoins se verront obligés de formuler des réserves, de s'efforcer de les retirer dès que possible.

*

**PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION PENALE
SUR LA CORRUPTION
(Strasbourg, 15.5.2003)**

LES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE et les autres Etats signataires du présent Protocole,

Considérant qu'il est opportun de compléter la Convention pénale sur la corruption (STE No 173, dénommée ci-après „la Convention“) afin de prévenir et de lutter contre la corruption;

Considérant également que le présent Protocole permettra une mise en oeuvre plus large du Programme d'action contre la corruption de 1996,

SONT CONVENUS DE CE QUI SUIT:

Chapitre I – Terminologie

Article 1

Terminologie

Aux fins du présent Protocole:

- 1 Le terme „*arbitre*“ doit être considéré par référence au droit national de l'Etat partie au présent Protocole, mais, en tout état de cause, doit inclure une personne qui, en raison d'un accord d'arbitrage, est appelée à rendre une décision juridiquement contraignante sur un litige qui lui est soumis par les parties à ce même accord.
- 2 Le terme „*accord d'arbitrage*“ désigne un accord reconnu par le droit national et par lequel les parties conviennent de soumettre un litige à un arbitre pour décision.
- 3 Le terme „*juré*“ doit être considéré par référence au droit national de l'Etat partie au présent Protocole, mais en tout état de cause, doit inclure une personne agissant en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé de se prononcer dans le cadre d'un procès pénal sur la culpabilité d'un accusé.
- 4 Dans le cas de poursuites impliquant un arbitre ou un juré étranger, l'Etat qui poursuit ne peut appliquer la définition d'arbitre ou de juré que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2

Corruption active d'arbitres nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à un arbitre exerçant ses fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage de cette Partie, pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Article 3

Corruption passive d'arbitres nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait pour un arbitre exerçant ses fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage de cette Partie,

de solliciter ou de recevoir, directement ou indirectement, tout avantage indu pour lui-même ou quelqu'un d'autre ou d'en accepter l'offre ou la promesse afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4

Corruption d'arbitres étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu'ils impliquent un arbitre exerçant ses fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage de tout autre Etat.

Article 5

Corruption de jurés nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu'ils impliquent toute personne exerçant les fonctions de juré au sein de son système judiciaire.

Article 6

Corruption de jurés étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu'ils impliquent toute personne exerçant les fonctions de juré au sein du système judiciaire de tout autre Etat.

Chapitre III – Suivi de la mise en oeuvre et dispositions finales

Article 7

Suivi de la mise en oeuvre

Le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) assure le suivi de la mise en oeuvre du présent Protocole par les Parties.

Article 8

Relations avec la Convention

- 1 Les Etats parties considèrent les dispositions des articles 2 à 6 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention.
- 2 Les dispositions de la Convention sont applicables dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions du présent Protocole.

Article 9

Déclarations et réserves

- 1 Si une Partie a fait une déclaration sur la base de l'article 36 de la Convention, elle peut faire une déclaration similaire concernant les articles 4 et 6 du présent Protocole au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2 Si une Partie a fait une réserve sur la base de l'article 37, paragraphe 1, de la Convention limitant l'application des infractions de corruption passive visées à l'article 5 de la Convention, elle peut faire une réserve similaire concernant les articles 4 et 6 du présent Protocole, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Toute autre réserve faite par une Partie sur la base de l'article 37 de la Convention s'applique également au présent Protocole, à moins que cette Partie n'exprime l'intention contraire au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

3 Aucune autre réserve n'est admise.

Article 10

Signature et entrée en vigueur

1 Le présent Protocole est ouvert à la signature des Etats qui ont signé la Convention. Ces Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par:

- a signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation; ou
- b signature sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, suivie de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

2 Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

3 Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle cinq Etats auront exprimé leur consentement à être liés par le Protocole, conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus, et seulement après que la Convention elle-même soit entrée en vigueur.

4 Pour tout Etat signataire qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'un délai de trois mois après la date de l'expression de son consentement à être lié par le Protocole, conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

5 Un Etat signataire ne pourra ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou préalablement exprimé son consentement à être lié par la Convention.

Article 11

Adhésion au Protocole

1 Tout Etat ou la Communauté européenne qui a adhéré à la Convention pourra adhérer au présent Protocole après que celui-ci soit entré en vigueur.

2 Pour tout Etat ou la Communauté européenne adhérent au présent Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt d'un instrument d'adhésion près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 12

Application territoriale

1 Tout Etat ou la Communauté européenne peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole.

2 Toute Partie peut, à tout autre moment par la suite, étendre l'application du présent Protocole, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à tout autre territoire désigné dans la

déclaration et dont il assure les relations internationales ou pour lequel il est habilité à stipuler. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite déclaration par le Secrétaire Général.

3 Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

Article 13

Dénonciation

- 1 Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer le présent Protocole en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.
- 2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.
- 3 La dénonciation de la Convention entraînera automatiquement la dénonciation du présent Protocole.

Article 14

Notification

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à tout Etat, ou à la Communauté européenne, ayant adhéré au présent Protocole:

- a toute signature de ce Protocole;
- b le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;
- c toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 10, 11 et 12;
- d toute déclaration ou réserve formulée en vertu des articles 9 et 12;
- e tout autre acte, notification ou communication ayant trait au présent Protocole.

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

FAIT à Strasbourg, le 15 mai 2003, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacune des Parties signataires et adhérentes.

*

RAPPORT EXPLICATIF SUR LE PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION PENALE SUR LA CORRUPTION

(adopté le 22 janvier 2003)

Le texte de ce Rapport explicatif ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte du Protocole, bien qu'il puisse faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues. Le Protocole a été ouvert à la signature à Strasbourg, le 15 mai 2003, à l'occasion de la 112e Session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

*

INTRODUCTION

1. Lors de sa 103e session (novembre 1998), le Comité des Ministres a adopté la Convention pénale sur la corruption, qu'il a décidé d'ouvrir à la signature le 27 janvier 1999, avant d'autoriser la publication de son Rapport explicatif. Cette Convention vise à harmoniser les législations nationales en matière d'incrimination des actes de corruption, à promouvoir l'adoption de mesures complémentaires de droit pénal et à améliorer la coopération internationale dans le domaine de l'instruction et de la poursuite de ces infractions. Selon le texte de la Convention, les Parties contractantes s'engagent à ériger en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics nationaux, étrangers et internationaux, de membres des parlements et assemblées nationales, internationales et supranationales, de juges nationaux, étrangers et internationaux. La Convention prévoit également l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé, du trafic d'influence et du blanchiment du produit de la corruption. Elle traite en outre des infractions comptables et d'autres questions de fond ou de procédure telles que la compétence, les sanctions et mesures, la responsabilité des personnes morales, la création d'autorités spécialisées, la coopération entre autorités nationales et la protection des témoins. La Convention a par ailleurs introduit une série de règles destinées à concilier le respect des traités ou arrangements en vigueur sur la coopération internationale en matière pénale et la nécessité d'établir un cadre juridique spécifique pour la coopération dans la lutte contre la corruption, notamment lorsque les autres traités ou arrangements ne sont pas applicables. La Convention constitue un document complexe et ambitieux, qui prévoit l'incrimination d'un large éventail d'actes de corruption.

2. Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) est chargé du suivi de la mise en oeuvre de la Convention.

3. A la suite de l'adoption par le Comité des Ministres de la Convention pénale sur la corruption, une partie importante des objectifs définis par le Programme d'action contre la corruption (PAC) du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit pénal ont été atteints. Cependant, la Convention n'aborde pas toutes les questions de droit pénal couvertes par le PAC. Il convient en outre de souligner qu'au cours de l'élaboration de cette Convention, le GMC est convenu d'ajourner l'examen de l'incrimination au niveau international d'autres comportements liés à la corruption.

4. En conséquence, le Groupe de travail sur le droit pénal en matière de corruption (GMCP) a débattu, lors de plusieurs réunions, de la nécessité d'ériger en infractions pénales, à l'échelle internationale, d'autres formes de comportements de corruption ou de comportements pouvant être assimilés à la corruption, à savoir:

- prise illégale d'intérêts
- délit d'initié
- concussion
- enrichissement illicite
- corruption de membres d'organisations non gouvernementales
- corruption d'arbitres sportifs
- achat et vente de voix.

5. Le GMCP a également discuté de certains aspects de la procédure pénale et de la coopération internationale susceptibles de faire l'objet de nouvelles normes internationales, tels que:

- la confiscation des produits du crime, qui entraînerait éventuellement le déplacement de la charge de la preuve;
- l'extension du champ d'application matériel de l'article 13 de la Convention pénale sur la corruption qui érige en infraction pénale le blanchiment du produit des délits de la corruption;
- l'exécution de décisions judiciaires étrangères de confiscation des produits du crime;
- des mesures garantissant l'intégrité de l'enquête;
- la durée des délais de prescription pour les infractions couvertes par la Convention.

6. Si les participants ont reconnu l'importance de la plupart de ces questions aux fins de la lutte contre la corruption, la discussion a montré que certaines d'entre elles revêtaient un caractère général et que d'autres pouvaient être traitées par des dispositions de la Convention déjà en vigueur ou par les législations nationales. Le GMCP a jugé préférable d'ajourner l'examen de normes supplémentaires dans ce domaine, examen qui pourrait être entrepris ultérieurement à la lumière des évaluations du GRECO. Le GMCP a donc décidé de suspendre pour le moment les travaux relatifs aux points énumérés plus haut.

7. En revanche, le GMCP est convenu, à l'issue des discussions, de rédiger un Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption prévoyant l'incrimination de la corruption dans le domaine de l'arbitrage. Pour des raisons exposées plus loin, le GMCP a en outre décidé d'étendre le champ d'application du Projet de Protocole aux actes de corruption commis par des jurés ou à leur rencontre.

*

COMMENTAIRE

Chapitre I – Terminologie

Article 1

Terminologie

8. Seules trois expressions sont définies à l'article 1: toutes les autres notions sont abordées en temps utile dans le Rapport explicatif ou ont déjà été utilisées dans la Convention pénale sur la corruption.

9. Le terme „arbitre“ est employé dans les articles 2 à 4. Le premier paragraphe de l'article 1 définit la notion d'„arbitre“ sous deux angles: il renvoie d'une part au droit national des différents Etats – à l'instar de la Convention pénale sur la corruption concernant l'expression „agent public“ (voir l'article 1.a de la Convention: „(...) est interprétée par référence à la définition (...) dans le droit national de l'Etat (...)“) – et établit d'autre part une définition autonome (contrairement à la Convention) dans la mesure où il énonce une norme minimum communément contraignante. S'agissant du „droit national“, il convient de noter – à l'image de ce qui a été fait à l'égard de la Convention pénale sur la corruption – qu'il était aussi dans l'intention des rédacteurs du Protocole de veiller à ce que les Parties contractantes n'assument les obligations prévues par ce texte que dans la mesure où celles-ci seraient compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique. Cela signifie notamment qu'aucune disposition de ce Protocole ne doit être interprétée par les Parties au Protocole comme une obligation d'établir un système d'arbitrage (ou de justice non professionnelle) conforme à la définition donnée (ou un système équivalent, et ce bien qu'il ait été souligné, pendant les négociations, que les possibilités d'amélioration de la protection contre la corruption offertes par ce Protocole militaient en faveur de la promotion de programmes introduisant ce type de système) ni même de modifier un système existant en l'adaptant au champ d'application du Protocole.

10. Les Etats Parties à ce Protocole seront toutefois tenus d'adopter des dispositions relatives à la responsabilité pénale dans le domaine de l'arbitrage pour les infractions prévues aux articles 2 à 4 et commises – au moins – par des personnes appelées, en vertu d'un accord d'arbitrage, à rendre une décision légalement contraignante dans un litige qui leur a été soumis par les parties à l'accord.

11. La signification de l'expression „accord d'arbitrage“ est énoncée au paragraphe 2 de l'article 1 (à seule fin d'approfondir l'explication de la notion d'arbitre donnée au paragraphe 1, puisque l'expression „accord d'arbitrage“ n'est utilisée dans aucun autre passage du Protocole). A l'instar de la définition de l'arbitre, celle de l'accord d'arbitrage s'appuie sur une notion très large: aux fins de ce Protocole, l'expression „accord d'arbitrage“ désigne tout accord reconnu par le droit national et par lequel les parties conviennent de soumettre un litige à un arbitre pour décision.

12. Cette vaste notion pourrait en fait transformer ce qui pourrait sembler n'être qu'une „norme minimum“ – au sens de „plus petit commun dénominateur“ – en une sorte de clause générale. En termes d'incrimination, cela signifierait que l'obligation résultant de ce Protocole serait elle aussi étendue. Le domaine des relations juridiques auxquelles la définition peut être appliquée n'est par exemple nullement restreint. En particulier, il faut souligner que le champ d'application de ce Protocole n'est pas limité à l'arbitrage commercial. En conséquence, la notion d'„accord d'arbitrage“ doit être entendue de manière large afin de refléter la réalité et la variété des relations civiles, commerciales ou autres et ne doit pas se limiter à l'expression formelle d'un engagement synallagmatique.

13. Bien que les rédacteurs de ce Protocole aient souhaité préserver autant que possible la souplesse du texte, ils ont jugé utile de donner dans le Rapport explicatif certaines indications sur des aspects caractéristiques de l'arbitrage, et plus particulièrement de l'arbitrage commercial: de l'avis des rédacteurs l'arbitrage commercial est une forme extrajudiciaire de solution de litige pouvant intervenir au cours de l'exécution d'un accord commercial; les arbitres sont nommés d'un commun accord par les parties à une transaction et seront liés par la décision arbitrale; un accord d'arbitrage (soit préliminaire, soit postérieur au litige) doit exister entre les parties; les arbitres peuvent être choisis par les parties ou faire partie d'un tribunal d'arbitrage; selon l'accord ou les règles applicables, la décision peut être définitive ou faire l'objet de recours devant les tribunaux; les arbitres appliquent le droit matériel applicable au litige et sont soumis aux règles procédurales définies préalablement; les arbitres doivent être indépendants dans l'exercice de leurs fonctions.

14. Certains de ces éléments ont été intégrés au texte du Protocole, tandis que pour d'autres, il a été considéré que leur évocation dans le Rapport explicatif les mettait suffisamment en valeur. Pour résumer sur ce point, l'on peut souligner que l'accord d'arbitrage peut être conclu avant ou après le litige, que les arbitres peuvent agir à titre individuel ou dans le cadre d'un tribunal d'arbitrage et que le fait que les arbitres soient appelés à rendre une décision légalement *contraignante* ne signifierait pas qu'il ne doive exister aucun recours judiciaire contre cette décision.

15. Cette notion potentiellement étendue est cependant, une fois encore, soumise au critère de compatibilité avec le droit national (sur l'arbitrage), puisque les accords d'arbitrage doivent être „reconnus par le droit national“. Par conséquent, une Partie à ce Protocole dont le droit national traiterait uniquement, par exemple, de l'arbitrage commercial (et ne reconnaîtrait donc que les accords d'arbitrage dans le cadre de relations commerciales) ne serait pas tenue d'ériger en infraction pénale la corruption dans d'autres domaines (éventuels) d'arbitrage.

16. Concernant la définition du terme „juré“, le paragraphe 3 de l'article 1 renvoie également au droit national des Parties à ce Protocole. Par conséquent, les principes applicables sont les mêmes que ceux cités plus haut à l'égard des arbitres. Cependant, le simple fait que cette disposition énonce quelle catégorie de personnes le terme „juré“ doit inclure „en tout état de cause“, indépendamment du droit national, établit une norme minimum fixe, véritablement autonome (contrairement à la Convention). En d'autres termes, il est obligatoire d'ériger en infraction pénale la corruption de „personnes non professionnelles agissant en tant que membres d'un organe collégial chargé de se prononcer, dans le cadre d'un procès pénal, sur la culpabilité d'un accusé“, quelles que soient les dispositions prévues par la législation nationale sur les jurés d'un point de vue général. Par conséquent, les Parties à ce Protocole dont le droit national prévoit une définition plus large que celle-ci du terme „juré“ (en incluant par exemple des affaires de droit civil) seraient contraintes d'incriminer la corruption des jurés en appliquant cette définition plus générale. A l'inverse, les Parties dont le droit national n'inclurait pas les personnes non professionnelles au sens du paragraphe 3 de l'article 1 ou ignorerait totalement la notion de jurés devraient adapter leur *droit pénal* en conséquence afin de satisfaire aux obligations découlant de ce Protocole. (Il ne serait bien entendu pas nécessaire de procéder à des ajustements supplémentaires du système juridique s'agissant notamment du recours aux jurés proprement dit.)

17. Concernant les arbitres ou jurés étrangers, le paragraphe 4 de l'article 1 utilise la même technique que la Convention pénale sur la corruption à l'égard des agents publics étrangers (voir l'article 1.c de la Convention). En d'autres termes, la définition de l'arbitre ou du juré dans le droit de l'autre Etat (étranger) n'est pas nécessairement déterminante dans les cas où l'intéressé n'aurait pas eu le statut d'arbitre ou de juré en vertu de la législation de l'Etat qui poursuit. Ce principe découle du paragraphe 4 de l'article 1 selon lequel un Etat peut décider que les infractions de corruption impliquant un arbitre ou un juré étranger ne concernent que les agents dont le statut est compatible avec celui d'arbitre ou de juré dans le droit national de l'Etat qui poursuit.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2

Corruption active d'arbitres nationaux

18. Lors des phases finales de négociations de la Convention s'est posée la question de savoir comment faire face à la corruption éventuelle des arbitres. Il a été convenu qu'il fallait régler la question des arbitres – d'une part, en raison de l'importance de leurs tâches, impliquant bien souvent des décisions ayant des conséquences pécuniaires ou économiques considérables, d'autre part, ce qui n'est pas de moindre importance, en raison de la similarité de leurs tâches avec celles des juges, et enfin, de manière plus générale, pour des raisons d'exhaustivité. Toutefois, les avis quant à savoir si les arbitres étaient déjà couverts ou non par la Convention (et, si tel est le cas, par quel article) étaient partagés: alors que certaines délégations estimaient qu'il était conforme à leur législation nationale de les considérer comme des juges (ce qui les ferait tomber sous le coup des articles 2, 3, 5 et 11 de la Convention) et que d'autres renvoyaient aux articles 7 et 8 de la Convention (corruption dans le secteur privé), d'autres encore estimaient qu'ils n'étaient couverts par aucune des dispositions de la Convention. Il a donc été décidé de reporter les discussions sur cette question après la finalisation de la Convention; les résultats de ces discussions sont contenus dans le présent Protocole.

19. L'article 2 définit les éléments de la corruption active des arbitres nationaux conformément au texte de l'article 2 de la Convention pénale sur la corruption („Corruption active d'agents publics nationaux“). Ainsi, les remarques explicatives correspondantes sont également applicables ici. Dans la théorie et la pratique du droit pénal actuel ainsi que dans l'esprit des auteurs du présent Protocole, l'infraction de corruption active est le pendant de la corruption passive – deux actes qui sont cependant considérés comme des infractions distinctes, pouvant donner lieu à des poursuites séparées. Il apparaît que les deux types de corruption sont, en général, les deux faces d'un même phénomène, avec d'un côté la personne qui offre, promet ou donne l'avantage, et de l'autre côté la personne qui accepte l'offre, la promesse ou le don. Toutefois, dans la plupart des cas, le „corrompu“ n'est pas accusé d'être complice du „corrupteur“, ni le corrupteur du corrompu.

20. La définition fournie à l'article 2 renvoie, par une double référence, aux articles 4, 5 et 6 du présent Protocole. Ces dispositions ne réitèrent pas les éléments de fond mais étendent la criminalisation de la corruption active à d'autres catégories de personnes.

21. Au sens de l'article 2, l'infraction de corruption active correspond nécessairement à un acte intentionnel, et il faut que l'élément intentionnel s'étende à tous les autres éléments de fond constitutifs de l'infraction. L'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'arbitre (ou le juré) doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. Peu importe, cependant, que l'arbitre (le juré) ait effectivement agi ou se soit abstenu d'agir conformément à l'intention du corrupteur.

22. Le corrupteur peut être n'importe qui et agir à n'importe quel titre (homme d'affaires, agent public, personne privée, etc.). Toutefois, si le corrupteur agit pour le compte, ou au nom, d'une entreprise, celle-ci peut également être tenue pour responsable en tant que personne morale (cf. article 8 du présent Protocole et article 18 de la Convention). Cependant, la responsabilité de l'entreprise n'exclut nullement les poursuites pénales contre la personne physique (paragraphe 3 de l'article 18 de la Conven-

tion). La personne corrompue doit être un arbitre (ou un juré) tel que défini à l'article 1; peu importe, à cet égard, que l'avantage indu bénéficie à l'arbitre (au juré) lui-même ou à quelqu'un d'autre.

23. Les éléments matériels de l'infraction sont le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, un avantage indu à l'arbitre (au juré), pour lui-même ou pour un tiers. Les trois actions du corrupteur sont légèrement différentes. „Proposer“ peut, par exemple, correspondre à des situations où le corrupteur s'engage à donner un avantage indu ultérieurement – en général, une fois seulement que l'acte qu'il a demandé à l'arbitre (au juré) a été accompli – ou lorsque le corrupteur et le corrompu se sont entendus pour que le corrupteur fournisse l'avantage indu ultérieurement. Le fait d'„offrir“ peut correspondre à des situations où le corrupteur manifeste qu'il est décidé à donner l'avantage indu à tout moment. Enfin, le fait de „donner“ peut correspondre à des situations où il remet l'avantage indu. L'avantage indu ne doit pas nécessairement être donné à l'arbitre (au juré) lui-même: il peut aussi être donné à un tiers, comme un parent, une organisation à laquelle appartient l'arbitre (le juré) ou un parti politique dont il est membre. Lorsque l'offre, la proposition ou le don est adressé à un tiers, l'arbitre (le juré) doit au moins en avoir eu connaissance à un moment donné. Indépendamment du fait que le destinataire ou le bénéficiaire de l'avantage indu soit l'arbitre (le juré) lui-même ou un tiers, la transaction peut impliquer des intermédiaires.

24. Les avantages indus accordés sont généralement de nature économique, mais peuvent aussi être de caractère non matériel. Ce qui importe, c'est que l'auteur de l'infraction (ou tout autre personne, par exemple un parent) se retrouve dans une meilleure situation qu'il ne l'était avant l'infraction et qu'il n'a pas le droit de bénéficier de l'avantage acquis. Ces avantages indus peuvent revêtir diverses formes: une somme d'argent, des vacances, un prêt, le paiement de frais de nourriture, une affaire traitée dans un délai plus bref, de meilleures perspectives de carrière, etc.

25. La question de savoir ce qui constitue un avantage „indu“ sera d'une importance capitale dans l'incorporation du Protocole dans le droit interne. Le terme „indu“ aux fins du Protocole – et de la Convention – doit être interprété comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ni à recevoir. De même, pour les auteurs du Protocole, l'adjectif „indu“ vise à exclure les avantages admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables.

26. Les dispositions de certains Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de corruption établissent une distinction selon que l'arbitre (le juré), lorsqu'il accomplit l'acte pour lequel on l'a sollicité, outrepassé ou non ses fonctions. Toutefois, un tel élément supplémentaire de „violation du devoir“ n'a pas été jugé nécessaire aux fins du présent Protocole. Les auteurs du Protocole ont estimé que l'élément décisif de l'infraction n'était pas de savoir si l'arbitre (le juré) avait ou non le pouvoir d'agir conformément au souhait du corrupteur, mais de savoir si on lui avait effectivement proposé, offert ou donné un pot-de-vin pour obtenir quelque chose de lui dans l'exercice de ses fonctions. Peut-être, d'ailleurs, le corrupteur ignorait-il, lors de son acte, si l'arbitre (le juré) avait ou non le pouvoir de faire ce qu'il lui demandait; cet élément est sans importance aux fins du présent Protocole. La notion de „violation du devoir“ ajoute un élément d'ambiguïté qui rend plus difficile la répression de ce type d'infraction; il faut en effet prouver que l'on attendait de l'arbitre (du juré) qu'il agisse à l'encontre de son devoir ou qu'il exerce son pouvoir au profit du corrupteur. Par conséquent, les Etats qui requièrent un tel élément supplémentaire pour qu'il y ait corruption devront faire en sorte qu'ils puissent appliquer la définition de la corruption au sens de l'article 2 du présent Protocole (ainsi que de la Convention) sans porter atteinte à son objectif.

Article 3

Corruption passive d'arbitres nationaux

27. L'article 3 définit la corruption passive des arbitres conformément au texte de la Convention pénale sur la corruption (cf. Article 3 de ladite convention, „Corruption passive d'agents publics nationaux“). Les remarques correspondantes du rapport explicatif à la Convention s'appliquent donc ici aussi. L'infraction de corruption passive étant étroitement liée à celle de corruption active, certains commentaires formulés au sujet de cette dernière, par exemple en ce qui concerne l'élément moral et

l'avantage indu, s'appliquent également ici. Les éléments matériels de l'acte de l'auteur de l'infraction incluent le fait de solliciter ou de recevoir un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse.

28. „Solliciter“ peut par exemple désigner un acte unilatéral par lequel l'arbitre fait savoir à une tierce personne, explicitement ou implicitement, qu'elle devra „payer“ pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte lié à sa fonction. Peu importe que la demande ait été suivie d'effet ou non, celle-ci constituant en soi le corps du délit. De même, il importe peu que l'arbitre ait sollicité un avantage indu pour lui-même ou pour un tiers.

29. „Recevoir“ peut, par exemple, désigner le fait que l'arbitre lui-même ou un tiers (conjoint, collègue, organisation, parti politique, etc.) profite effectivement d'un avantage. S'il s'agit d'un tiers, il faut qu'il y ait au moins une forme d'acceptation quelconque de l'arbitre. Là encore, il peut y avoir des intermédiaires: si tel est le cas, le champ de la corruption passive se trouve élargi puisqu'il faut y inclure un acte indirect de l'arbitre; il s'ensuit nécessairement qu'on doit mettre en évidence le caractère délictueux du comportement de l'arbitre, indépendamment de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'intermédiaire impliqué.

30. S'il y a une demande unilatérale ou un pacte de corruption, il est essentiel que l'acte ou l'absence d'acte de l'arbitre ait lieu après la demande ou la conclusion du pacte, mais il importe peu, dans une telle situation, de savoir à quel moment précis l'avantage indu est effectivement reçu. Ainsi, ne constitue pas une infraction pénale, en vertu du présent Protocole, le fait, pour l'arbitre, de recevoir un avantage a posteriori en l'absence d'offre, de demande ou d'acceptation préalable. En outre, le terme „recevoir“ implique qu'on garde l'avantage ou le cadeau en question au moins pendant un certain temps; ainsi, l'arbitre qui renvoie immédiatement à l'expéditeur un cadeau ou un avantage qu'il n'a pas sollicité ou remet celui-ci aux autorités compétentes, ne commet pas d'infraction au sens de l'article 3. Cette disposition n'est pas applicable non plus à un avantage qui ne serait pas lié à un acte spécifique ultérieur de l'arbitre dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4

Corruption d'arbitres étrangers

31. Cet article oblige les parties au Protocole à criminaliser la corruption active et passive d'arbitres étrangers. Exception faite des personnes corrompues, à savoir les arbitres étrangers, cette infraction est identique quant au fond à celle que définissent les articles 2 et 3. On ne peut que répéter, là encore, les explications fournies dans le commentaire de la Convention sur les motivations qui ont incité à élargir la portée des infractions essentielles en la matière, telles que les mentionne la Convention, aux actes impliquant des agents publics étrangers:

32. „Non seulement la corruption compromet la bonne gestion des affaires publiques et sape la confiance du public en l'équité et l'impartialité des administrations, mais elle peut aussi ... engendrer de graves distorsions de concurrence et mettre en péril le développement économique. Avec la mondialisation des structures économiques et financières et l'intégration des marchés nationaux dans le marché mondial, les décisions sur les mouvements de capitaux ou les investissements qui sont prises dans tel pays peuvent avoir des effets dans tel autre. Les sociétés multinationales et les investisseurs internationaux sont aujourd'hui les acteurs déterminants de l'économie, et ils ne connaissent pas de frontières. Il est de leur intérêt, comme de l'intérêt de l'économie mondiale en général, que les règles de la concurrence demeurent loyales et transparentes.“

33. L'élément décisif pour définir une infraction comme relevant de la corruption d'un arbitre *étranger* n'est pas la nationalité de ce dernier ou des parties en cause, mais le fait que l'arbitre exerce ses fonctions selon le droit national relatif à l'arbitrage d'un Etat autre que l'Etat ayant engagé des poursuites. Il n'y a pas de définition spécifique de l'expression „arbitres étrangers“ dans le présent Protocole. Par conséquent, la définition générale donnée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 1 s'applique également aux arbitres étrangers. En outre, le paragraphe 4 de l'article 1 est applicable dans les cas où la définition de l'arbitre dans le droit de l'Etat auteur des poursuites diffère de la définition énoncée dans le droit en vertu duquel l'arbitre exerce ses fonctions.

34. Après avoir examiné la question de l'arbitrage international, les rédacteurs de ce Protocole ont décidé de ne pas y faire figurer d'article distinct sur la corruption des arbitres internationaux (lequel – d'après certains avant-projets de protocole – aurait couvert les affaires impliquant toute personne qui aurait joué le rôle d'arbitre „dans le cadre des compétences d'une organisation internationale dont la partie est membre“). Ainsi, une affaire de corruption en matière d'arbitrage international dans laquelle il ne pourrait être dit que l'arbitre exerçant ses fonctions relève d'un quelconque droit national (que ce soit – du point de vue de l'Etat auteur des poursuites – le droit interne ou un droit étranger) ne serait pas couverte par le protocole. Il s'agirait principalement, en l'occurrence, d'arbitrage international public. Dans la mesure où elles pourraient avoir une quelconque incidence pratique, les échappatoires potentielles dans ce domaine ont toutefois été considérées comme justifiables, notamment parce que la convention pénale sur la corruption elle-même pourrait être jugée applicable dans certains cas (par exemple, si un arbitre exerçait ses fonctions en qualité d'agent d'une organisation internationale, l'article 9 de la convention pourrait s'appliquer).

Article 5

Corruption de jurés nationaux

35. Cet article élargit aux jurés la portée des infractions de corruption active et passive définies aux articles 2 et 3 (suivant ainsi les articles 2 et 3 de la convention pénale sur la corruption). La définition du terme „juré“ est donnée au paragraphe 3 de l'article 1, qui utilise la technique de la référence au droit national tout en établissant une norme minimale autonome. En dehors de l'interprétation courante du terme „juré“, cette norme minimale (autrement dit l'inclusion de personnes agissant en tant que membres d'un organe collégial chargé de se prononcer, dans le cadre d'un procès pénal, sur la culpabilité de l'accusé) indique clairement que les jurés ont un rôle dans l'appareil judiciaire. Les délégations n'ont pas toutes répondu par l'affirmative à la question, abordée au cours des négociations relatives au Protocole, de savoir si les jurés ne seraient pas couverts du fait de ce rôle par la notion de juge/personne exerçant des fonctions judiciaires au sens de l'article 1 alinéas a et b, de la convention pénale sur la corruption – ce qui signifierait qu'ils seraient considérés alors comme des agents publics et que leur corruption relèverait déjà des articles 2 et 3 de la Convention. Bien qu'il soit estimé dans le rapport explicatif de la Convention que la notion de juge au sens de personne exerçant des fonctions judiciaires doit être interprétée aussi largement que possible (l'élément décisif étant le rôle joué par l'intéressé, qui doit avoir un caractère judiciaire, plutôt que son titre officiel), il a paru finalement utile de mentionner explicitement les jurés dans le Protocole. Etant donné, d'une part, l'importance de leur tâche, et, d'autre part, le fait qu'elle est honoraire (non rémunérée), les jurés risquent d'être des cibles de corruption et doivent en être protégés au même titre que des juges professionnels.

36. Exception faite des personnes corrompues, c'est-à-dire les jurés nationaux, l'infraction de corruption est identique quant au fond à celles que définissent les articles 2 et 3.

Article 6

Corruption de jurés étrangers

37. Cet article criminalise la corruption active et passive de jurés étrangers. Les raisons invoquées et les intérêts juridiques protégés sont les mêmes que ceux exposés au sujet de l'article 5, mais dans un contexte étranger, „au sein d'un tribunal de tout autre Etat“. Cette disposition s'inscrit dans l'effort commun des Etats parties pour assurer le respect des institutions judiciaires et démocratiques, indépendamment de leur caractère national ou étranger. Exception faite des personnes corrompues, à savoir les jurés étrangers, cette infraction de corruption est identique quant au fond à celles que définissent les articles 2 et 3. Il n'y a pas de définition spécifique de l'expression „jurés étrangers“ dans le protocole. Par conséquent, les définitions générales données au paragraphe 3 de l'article 1 s'appliquent également aux jurés étrangers. En outre, le paragraphe 4 de l'article 1 peut s'appliquer aux cas dans lesquels la définition du terme „juré“ dans le droit de l'Etat auteur des poursuites diffère de la définition énoncée dans le droit de l'Etat où le juré exerce ses fonctions.

Chapitre III – Suivi de la mise en oeuvre et dispositions finales

Article 7

Suivi de la mise en oeuvre

38. Comme la mise en oeuvre de la Convention pénale sur la corruption elle-même (cf. article 24 du texte), celle du Protocole sera suivie par le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO).

39. Le GRECO a été établi sur la base des résolutions (98) 7 et (99) 5 du Conseil de l'Europe. Il a pour but d'améliorer l'efficacité de ses membres dans la lutte contre la corruption en assurant, dans le cadre d'un processus dynamique d'évaluation mutuelle et de pression des pairs (y compris des visites sur les lieux), le suivi du respect par les Etats des vingt Principes directeurs de la lutte contre la corruption, de la Convention pénale sur la corruption, de la Convention civile sur la corruption ainsi que des autres instruments internationaux adoptés par le Conseil de l'Europe en application du programme d'action contre la corruption (tels que le présent protocole).

Article 8

Relations avec la convention

40. L'article 8 définit comme suit les relations entre le Protocole et la Convention pénale sur la corruption: les Etats parties, tant à la Convention qu'au Protocole, considèrent le dispositif de ce dernier (articles 2 à 6) comme un élément additionnel à la Convention (paragraphe 1). En outre, le paragraphe 2 déclare explicitement que les dispositions de la Convention s'appliquent au Protocole (dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de ce dernier). Le paragraphe 2 doit être entendu comme rendant les articles 12 à 23 de la Convention applicables au Protocole, de même que le chapitre IV et ceux des éléments du chapitre V qui ne sont pas contenus dans ce Protocole. C'est pourquoi il n'a pas été nécessaire d'y inclure des dispositions traitant de questions comme la juridiction (cf. article 17 de la Convention), la responsabilité des personnes morales (cf. article 18 de la Convention), les sanctions et mesures (cf. article 19 de la Convention), ou la coopération internationale (cf. chapitre IV de la Convention).

Article 9

Déclarations et réserves

41. Pendant les négociations relatives au Protocole, on s'est demandé – compte tenu notamment de sa portée très spécifique et donc relativement étroite – s'il pouvait donner lieu à des déclarations ou réserves. Les rédacteurs sont parvenus à la conclusion qu'il était souhaitable de ne pas stipuler de possibilités supplémentaires (nouvelles) de déclarations ou de réserves, mais de permettre ces dernières uniquement en tant que conséquences de déclarations ou réserves déjà formulées au sujet de la Convention. Par conséquent, le paragraphe 1 prévoit la possibilité d'une déclaration relative aux articles 4 à 6 du Protocole (corruption d'arbitres et jurés étrangers) seulement si la partie contractante intéressée a déjà fait une réserve similaire sur la base de l'article 36 de la Convention (autrement dit une déclaration stipulant que la corruption étrangère ou internationale au sens des articles 5, 9 ou 11 de la Convention sera criminalisée seulement dans la mesure où le fonctionnaire ou le juge agit ou s'abstient d'agir en infraction à ses obligations). De même, la première phrase du paragraphe 2 permet une réserve similaire à celle faite sur la base de l'article 37 paragraphe 1 de la Convention, limitant l'application des infractions de corruption passive pour les arbitres ou jurés étrangers (cf. articles 4 et 6 du Protocole), seulement si la partie concernée a déjà formulé une telle réserve au sujet de la corruption passive d'agents publics étrangers en application de l'article 5 de la Convention. Dans un tel cas, et comme il s'agit de réserves similaires, la réserve faite au Protocole ne serait pas comptabilisée au titre de l'article 37 paragraphe 4 de la Convention (qui limite à cinq le nombre maximum de réserves à la Convention). Selon la deuxième phrase du paragraphe 2, d'autres réserves faites sur la base de l'article 37 de la Convention (concernant les articles 12 [trafic d'influence], 17 [juridiction – cf. art. 37 par. 2] et 26 [refus d'une demande d'entraide judiciaire au motif qu'elle porte sur une infraction considérée comme politique

– cf. art. 37 par. 3]) s'appliquent également au Protocole. Le paragraphe 3 stipule qu'aucune autre réserve n'est admise.

Articles 10 à 14

***(Signature et entrée en vigueur – Adhésion au Protocole –
Application territoriale – Dénonciation – Notification)***

42. Les clauses finales ont été rédigées conformément aux grandes lignes de dispositions existantes, notamment celles de la Convention mais aussi d'autres protocoles additionnels du Conseil de l'Europe comme les protocoles additionnels aux conventions européennes d'extraditions (STE Nos 86 et 98), d'entraide judiciaire en matière pénale (STE No 99) et sur le transfèrement des personnes condamnées (STE No 167).

43. Etant donné que le Protocole ne peut entrer en vigueur avant la Convention, et qu'un Etat signataire ne peut ratifier le Protocole sans avoir, simultanément ou préalablement, ratifié la Convention, il a été possible d'établir quant au nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur du Protocole un nombre (cinq) nettement plus bas que celui requis pour la Convention proprement dite (quatorze) (article 10 du Protocole).

Note:

1 Cf. paragraphe 47 du *Rapport explicatif à la Convention pénale sur la corruption*.

*

Service Central des Imprimés de l'Etat

5262/03

N° 5262³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(16.4.2004)

Par sa lettre du 17 décembre 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu solliciter l'avis de la Chambre de Commerce au sujet du projet de loi sous rubrique.

Le présent projet de loi vise à approuver plusieurs textes internationaux et à modifier en conséquence certaines dispositions du code pénal et de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Pour rappel, la Convention du 26 mai 1997 citée sous rubrique vise à lutter contre la corruption impliquant aussi bien des fonctionnaires des Communautés européennes que des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne.

Le second protocole additionnel du 19 juin 1997 à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes vise en particulier la responsabilité des personnes morales, la confiscation, le blanchiment de capitaux et la coopération entre les Etats membres et la Commission afin d'assurer la protection des intérêts financiers des Communautés européennes prévue par la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté et de son premier protocole additionnel.

La Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 a pour objectif d'aboutir à un alignement des législations nationales par une incrimination coordonnée d'un large éventail de faits et de comportement de corruption (corruption active et passive, corruption d'agents publics nationaux, corruption

d'agents publics étrangers, corruption de fonctionnaires internationaux et corruption dans le secteur privé etc.) et d'améliorer la coopération internationale dans ce domaine.

Le Protocole additionnel du 15 mai 2003 à la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 a pour objet d'incriminer la corruption active et passive d'arbitres et de jurés nationaux et étrangers.

De manière générale, la Chambre de Commerce est favorable à l'adhésion du Luxembourg aux standards européens de lutte contre la corruption élaborés au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne et reconnaît la nécessité de lutter efficacement contre la corruption aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

Cependant, la Chambre de Commerce met en garde le Gouvernement contre la conception extensive que font les auteurs du projet de loi de la notion de corruption. Plusieurs modifications du texte du présent projet de loi sont nécessaires afin de tenir compte de la notion d'„*avantage indu*“ dans la définition de la corruption et de ne pas assimiler à un acte de corruption le fait de ne pas respecter certaines obligations issues de directives professionnelles ou de règles déontologiques.

En matière de blanchiment, la Chambre de Commerce s'oppose à toute extension des infractions sous-jacentes à l'activité de blanchiment de capitaux qui excèderait les exigences de la directive 2001/97/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux et entraînerait une aggravation excessive du risque pénal pour les professionnels du secteur financier.

En ce qui concerne les sanctions applicables aux personnes morales, la Chambre de Commerce souhaite voir préciser le fait que la révocation de l'autorisation administrative d'exercer une activité commerciale ne s'applique pas aux personnes morales en tant que telles. De plus, la Chambre de Commerce rappelle qu'elle est traditionnellement opposée à l'introduction en droit luxembourgeois d'une responsabilité pénale des personnes morales. Dans la mesure où ceci constitue une exigence de plusieurs des textes internationaux visés par le présent projet de loi, la Chambre de Commerce insiste sur le fait que le Luxembourg ne saurait faire l'économie d'un débat public à la fois sur l'éventuelle introduction d'une responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois et sur son étendue exacte.

Enfin, la Chambre de Commerce regrette que les auteurs du présent projet de loi n'aient pas prévu d'adhérer simultanément à la Convention civile sur la corruption adoptée le 4 novembre 1999 au sein du Conseil de l'Europe.

Avant de présenter le détail de ses observations sur le contenu du présent projet de loi, la Chambre de Commerce souhaiterait revenir sur le contexte international du présent projet de loi.

*

1. CONTEXTE DU PROJET DE LOI

La corruption est une forme de criminalité économique qui entraîne des distorsions de concurrence, met en péril l'Etat de droit, sape la bonne administration et entrave le développement économique. La lutte contre la corruption s'est progressivement imposée comme une priorité au niveau international et européen.

Au niveau international, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) a adopté, le 21 novembre 1997, une convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹.

Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs conventions internationales en matière de corruption. La première, la convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 (complétée par un protocole additionnel signé le 15 mai 2003²) fait l'objet de l'approbation par le présent projet de loi. La seconde, la convention civile sur la corruption du 4 novembre 1999³ devrait faire l'objet d'un projet de loi distinct⁴.

1 En vigueur depuis le 15 février 1999.

2 STE 191, non encore en vigueur. A l'heure actuelle, seul le Royaume-Uni a ratifié le Protocole additionnel. Le Protocole entrera en vigueur lors du dépôt du cinquième instrument de ratification.

3 STE 174, entré en vigueur le 1er novembre 2003.

4 Exposé des motifs du présent projet de loi, p. 8.

Le Conseil de l'Europe a également favorisé la mise en place du groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) dont le Luxembourg est membre⁵.

Au sein de l'Union européenne, de nombreux textes ont été élaborés afin de lutter contre la corruption des fonctionnaires communautaires. Une première convention fut adoptée le 26 juillet 1995 afin de lutter contre la fraude impliquant des fonctionnaires communautaires et la lutte contre la corruption de ces mêmes fonctionnaires⁶. Cette première convention a été complétée par une convention sur la protection des intérêts financiers de la Communauté, 19 juin 1997 et ses deux protocoles additionnels.

Progressivement, l'attention de l'Union européenne s'est portée sur la corruption des fonctionnaires et des agents publics autres que les fonctionnaires communautaires. Cette évolution s'est traduite par l'adoption de la convention relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne du 26 mai 1997.

Puis, les préoccupations européennes en matière de lutte contre la corruption se sont étendues au domaine de la corruption dans le secteur des entreprises. La convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe prévoyait, dès 1999, deux dispositions afin de lutter contre la corruption active et la corruption passive dans le secteur privé. Au niveau de l'Union européenne, aucune convention ne traite de cette question, mais cette question est abordée en détail par la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Afin de tenir compte de l'évolution des standards internationaux et européens en matière de lutte contre la corruption, le Luxembourg a modifié à plusieurs reprises sa législation. Ainsi, la loi du 15 janvier 2001 porte approbation de la convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 et établit de nouvelles infractions telles que la prise illégale d'intérêts, la corruption, le trafic d'influence, la corruption de magistrats⁷. Par la loi du 30 mars 2001, le Luxembourg a également adopté la convention sur la protection des intérêts financiers de la Communauté de 1995 et de ses deux protocoles additionnels. Le présent projet de loi vise à compléter le droit positif dans le sens d'une plus grande exhaustivité des mesures de lutte contre la corruption.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

De manière générale, le droit pénal luxembourgeois répond déjà à un grand nombre des exigences prescrites par les différents textes internationaux faisant l'objet du présent projet d'approbation. C'est essentiellement en matière de corruption active et passive dans le secteur public que le dispositif répressif est le plus complet.

En effet, la question de la corruption active et passive dans le secteur public (fonctionnaires, agents publics, membres d'assemblées élues, y compris les agents publics étrangers, les fonctionnaires internationaux et les fonctionnaires des Communautés européennes ...) fait l'objet d'une incrimination en droit luxembourgeois. Les articles 246 à 252 du code pénal sanctionnent la corruption et le trafic d'influence dans le secteur public, la corruption de magistrats et les actes d'intimidation contre les personnes exerçant une fonction publique. Ces dispositions ont été introduites en droit luxembourgeois par la loi du 15 janvier 2001 portant approbation de la convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

En matière de corruption dans le secteur public, l'article 2 du présent projet de loi se contente en la matière d'étendre le champ d'application des articles 246 à 251 du code pénal aux arbitres soumis à réglementation de l'arbitrage d'un autre Etat ou d'une organisation publique internationale ainsi qu'aux personnes qui siègent au sein d'une formation juridictionnelle, y compris les jurés étrangers.

5 L'Accord instituant le „Groupe d'Etats contre la corruption GRECO“ a été établi le 1er mai 1999 par la Résolution (99) 5 adoptée par les Etats suivants: Belgique, Bulgarie, Chypre, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Islande, Irlande, Lituanie, Luxembourg, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Espagne et Suède.

6 Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Bruxelles, 26 juillet 1995. Cette convention est complétée par deux protocoles additionnels: le premier Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne afin de lutter contre la corruption des fonctionnaires publics, Dublin, 27 septembre 1996; et le second Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant l'interprétation à titre préjudiciel, par la CJCE, Bruxelles, 29 novembre 1996.

7 Articles 245 à 252 du code pénal.

La question du blanchiment de capitaux issus des infractions de corruption de fonctionnaires et d'agents publics est déjà prévue aux articles 506-1 à 506-7 du code pénal, introduits par une loi du 11 août 1998. Quant à la confiscation des instruments de la fraude, de la corruption active et passive et du blanchiment, elle est prévue par les articles 31 et suivants du code pénal.

Il semble donc que, dans le domaine de la lutte contre la corruption dans le secteur public, l'approbation des différents textes internationaux sous rubrique ne nécessite pas de modification substantielle du droit positif luxembourgeois.

En matière de corruption dans le secteur privé, le Gouvernement a amorcé un ambitieux programme de réformes législatives afin de compléter le dispositif répressif luxembourgeois. C'est dans cette perspective que s'inscrit le présent projet de loi.

La Chambre de Commerce aimerait formuler plusieurs observations concernant à la fois les modifications du code pénal, la mise en place de sanctions administratives, la question de la responsabilité pénale des personnes morales et la question de la dimension civile de la lutte contre la corruption.

2.1 L'incrimination pénale des actes de corruption dans le secteur privé

La corruption est un phénomène qui ne touche pas uniquement le secteur public, mais également, de plus en plus, le secteur des entreprises. Or, la corruption dans le secteur privé porte atteinte aux règles de concurrence, à la confiance et à la loyauté nécessaires au développement des relations économiques.

La Chambre de Commerce est d'avis que la lutte contre la corruption dans le secteur privé constitue une nécessité, afin d'éviter toute lacune dans la stratégie globale de lutte contre la corruption.

De ce point de vue, l'introduction des incriminations de corruption active et de corruption passive dans le chapitre des infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques du code pénal répondent à la fois aux exigences de la convention pénale sur la corruption et aux exigences de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003.

La Chambre de Commerce adhère à l'approche large, retenue à l'article 3 du présent projet de loi, d'incriminer toutes les formes de corruption active ou passive au détriment de toute entité du secteur privé, qu'elle poursuive ou non un but lucratif, plutôt que de n'incriminer que les seuls comportements qui entraîneraient une distorsion de concurrence dans le domaine commercial.

Cependant, les auteurs du présent projet de loi ont adopté une conception extensive de l'infraction de corruption. Ainsi, les articles 2 et 3 de la Convention pénale sur la corruption définissent la corruption comme le fait de donner ou de recevoir, directement ou indirectement, „*tout avantage indu*“ dans le but d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte. La Chambre de Commerce note que la notion d'„*avantage indu*“ est absente de la formulation projetée des articles 310 et 310-1 du Code pénal. En pratique, cette lacune est susceptible de créer une incertitude juridique quant à la distinction entre cadeau commercial et avantages relevant de la corruption.

Par conséquent, la Chambre de Commerce recommande d'introduire la notion d'„*avantage indu*“ dans les futurs articles 310 et 310-1 du Code pénal.

Par ailleurs, le dispositif de lutte contre la corruption prévu par la décision-cadre 2003/568/JAI a pour finalité d'inciter une personne à ne pas commettre d'actes contraires à ses obligations. La notion d'„*obligation*“ s'entend conformément au droit national et doit au moins couvrir tout comportement déloyal constituant la violation d'une obligation légale. De ce point de vue, les futurs articles 310 et 310-1 du code pénal sont en conformité avec la décision-cadre 2003/568/JAI.

Les futurs articles 310 et 310-1 du Code pénal incriminent également les actes d'une personne qui seraient contraires aux „*règles ou directives professionnelles liées à sa fonction*“. Les auteurs du présent projet de loi ont ainsi saisi la possibilité laissée par la décision-cadre d'étendre, le cas échéant, la notion d'obligation aux „*règles ou directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité professionnelle d'une personne qui exerce une fonction de direction ou travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé*“.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'une telle extension n'est pas souhaitable. En effet, la rédaction actuelle des articles futurs 310 et 310-1 du code pénal conduit à criminaliser la violation de règles déontologiques ou encore le non-respect de codes de conduites; alors que la violation de telles règles est, en principe, uniquement soumise à des sanctions d'ordre disciplinaire ou administratif et non à des sanctions pénales.

Par conséquent, la Chambre de Commerce ne peut souscrire à l'idée d'une pénalisation d'obligations issues des règles déontologiques et recommande donc de ne pas assimiler à des actes de corruption les comportements contraires aux obligations relevant des règles déontologiques ou de directives professionnelles.

2.2 L'extension des infractions primaires du blanchiment de capitaux

L'article 4 du présent projet de loi étend le champ d'application de l'infraction de blanchiment aux produits directs ou indirects d'un acte de corruption active ou passive dans le secteur privé. Le présent projet de loi reprend et complète le texte de l'article 506-1 du code pénal tel que proposé par le projet de loi No 5165 relatif à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Concernant la présente modification de l'article 506-1 du code pénal, la Chambre de Commerce estime qu'il n'est pas de bonne technique législative d'amender un projet de loi par le bais d'un autre projet de loi. Cette pratique ne favorise ni la transparence ni la cohérence du travail législatif.

Quant au fond, grâce à la modification projetée du code pénal, le blanchiment des produits de la corruption dans le secteur privé sera sanctionné pénalement de la même manière que le blanchiment des produits de la corruption dans le secteur public. La nouvelle version du futur article 506-1 du code pénal fait référence aussi bien au blanchiment des produits d'une infraction aux articles 246 à 252 du code pénal (corruption dans le secteur public) qu'au blanchiment des produits d'une infraction aux articles 310 et 310-1 du code pénal (corruption dans le secteur privé).

Sur le principe, la Chambre de Commerce accueille favorablement le projet du Gouvernement d'incriminer indistinctement le blanchiment des produits de la corruption dans le secteur public et le blanchiment des produits de la corruption dans le secteur privé, cette disposition étant conforme aux exigences de la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, puisque l'article 1er e) de cette directive énumère expressément la corruption parmi les infractions graves susceptibles de constituer une infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux.

Cependant, la Chambre de Commerce se doit de réitérer la mise en garde qu'elle a déjà exprimée dans son avis du 16 septembre 2003 relatif au projet de loi No 5165 sur la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme⁸ et portant sur les effets néfastes d'une conception excessivement large des infractions primaires de blanchiment.

En premier lieu, la Chambre de Commerce tient à souligner que l'introduction à l'article 506-1 du code pénal de la notion de „*tout crime*“ conduit à une extension extrêmement large de l'infraction de blanchiment et va au-delà des exigences de la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux. En effet, l'article 1 e) de cette directive prévoit que les infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux doivent être susceptibles de générer des produits substantiels et être passibles d'une peine d'emprisonnement sévère conformément au droit pénal de l'Etat membre. Or, la notion de „*tout crime*“ ne distingue pas selon que le crime en question génère ou non un produit substantiel.

Du fait de l'introduction de la notion de „*tout crime*“, l'obligation de déclaration du professionnel du secteur financier se trouve étendue et, avec elle, le risque pour le professionnel de se voir impliqué dans une affaire de blanchiment. Cette situation risque d'entraîner une augmentation significative du risque pénal pour les professionnels du secteur financier, alors que la lutte contre le blanchiment n'en profiterait que marginalement. Une extension aussi considérable du périmètre des infractions primaires du blanchiment, incluant l'abus de confiance, l'escroquerie ou encore l'abus de biens sociaux, n'est nullement exigée par la directive 2001/97/CE. La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs faire remarquer que le Conseil d'Etat dans son avis du 30 mars 2004 sur le projet de loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme l'avait rejointe dans ses critiques en constatant qu'une telle extension entraîne „*un effet multiplicateur potentiellement très dangereux (...) si on sait, par référence à l'expérience faite à l'étranger, quels usages peuvent être faits d'incrimination fourre-tout du type association de malfaiteurs, abus de biens sociaux, abus de confiance et escroquerie*“⁹.

8 Doc. Parl. 5165².

9 Doc. Parl. 5165⁵.

Dans ces conditions, la Chambre de Commerce recommande de modifier le futur article 506-1 du code pénal en ce sens, en se conformant strictement aux exigences de la directive 2001/97/CE et en ne considérant comme infraction primaire au blanchiment de capitaux, outre les infractions énumérées expressément par la directive 2001/97/CE, que les infractions susceptibles de générer des produits substantiels et passibles d'une peine d'emprisonnement sévère.

Enfin, une erreur matérielle semble s'être introduite dans la rédaction de l'article 506-1 du code pénal: la référence à l'article 31 devrait être remplacée par une référence à l'article 32-1.

A titre subsidiaire, la Chambre de Commerce rappelle que la confiscation des produits de la corruption est une exigence de l'article 5 du second protocole additionnel à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de l'article 19 paragraphe 3 de la convention pénale sur la corruption. A l'heure actuelle, cette question fait l'objet d'un projet de loi distinct sur la confiscation des produits directs et indirects d'une infraction pénale¹⁰.

La Chambre de Commerce souhaite que les débats sur cette question s'accélèrent afin de compléter efficacement et dans les meilleurs délais le dispositif luxembourgeois de lutte contre la corruption.

2.3 La mise en place d'une sanction administrative des actes de corruption dans le secteur privé

L'article 5 du présent projet de loi modifie l'article 2 alinéa 5 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales¹¹. Cette modification vise principalement à permettre de retirer, sur décision ministérielle, l'autorisation administrative d'exercer une activité artisanale, commerciale, industrielle ou libérale à toute personne condamnée pénalement pour corruption.

La Chambre de Commerce a insisté de manière constante sur l'importance qu'elle accorde au degré de qualification professionnelle requis pour exercer une activité commerciale. Or, il apparaît clairement qu'une condamnation pénale pour corruption est de nature à remettre fortement en cause l'honorabilité professionnelle et donc l'aptitude déontologique d'une personne à exercer une telle activité. Dans cette perspective, la Chambre de Commerce accueille favorablement la réforme du droit d'établissement proposée par les auteurs du présent projet de loi.

Un doute subsiste cependant quant à l'étendue exacte du champ d'application de cette réforme. En effet, l'article 1er de la loi du 28 décembre 1988 prévoit que l'autorisation administrative d'exercer une activité artisanale, commerciale, industrielle ou libérale est obligatoire tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

Dans le cas d'une personne physique, l'hypothèse est simple: une condamnation pour corruption entraîne le refus ou le retrait de l'autorisation administrative d'exercer une activité artisanale, commerciale, industrielle ou libérale.

Dans le cas d'une personne morale, les dirigeants personnes physiques doivent répondre à des exigences d'honorabilité identiques à celles imposées aux personnes physiques. Par conséquent, la condamnation pénale pour corruption du chef d'entreprise ou de la personne chargée de la gestion ou de la direction de l'entreprise entraînera le refus ou le retrait de l'autorisation administrative d'exercer une activité artisanale, commerciale, industrielle ou libérale. La personne morale n'est pas, en tant que telle, responsable de la corruption de ses dirigeants. Afin de satisfaire aux conditions d'attribution de l'autorisation administrative, la société devra cependant changer de dirigeant.

Il n'en demeure pas moins que l'exposé des motifs du présent projet de loi précise que la modification de l'article 2 de la loi du 28 décembre 1988 est de „*s'assurer qu'une personne physique ou morale, reconnue coupable d'une infraction de corruption dans le secteur public ou privé, puisse se voir refuser ou retirer l'autorisation d'exercice professionnel*“¹².

¹⁰ Projet de loi sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du code pénal, du code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales, doc. Parl. 5019, dépôt le 26 août 2002.

¹¹ Il s'agit de l'alinéa 5 de l'article 2 dans la version proposée par l'article 2 proposée par le projet de loi 5147 modifiant 1. la loi modifiée du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement; 2. le code des assurances sociales (dépôt le 20 mai 2003). Dans la version actuelle de l'article 2, il s'agit de l'alinéa 4.

¹² Projet de loi sous rubrique, pp. 52-53.

Or, une personne morale ne peut, en tant que telle, être reconnue coupable d'une infraction de corruption et ne peut donc pas non plus être sanctionnée administrativement. La Chambre de Commerce espère qu'il s'agit là d'une simple erreur d'interprétation de la part des auteurs du présent projet de loi.

La Chambre de Commerce espère, par ailleurs, que la révocation administrative de l'autorisation d'exercer une activité commerciale n'est pas prévue dans l'optique de trouver un palliatif à l'absence de responsabilité pénale des personnes morales en droit national. Afin d'éviter toute confusion, la Chambre de Commerce invite le Gouvernement à préciser que, en tout état de cause, cette modification de l'article 2 de la loi du 28 décembre 1988 ne concerne pas, en l'état actuel du droit pénal luxembourgeois, les personnes morales en tant que telles.

2.4 La responsabilité pénale des personnes morales

La responsabilisation pénale des personnes morales est une exigence à la fois du second protocole additionnel à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (articles 3 et 4) et de la convention pénale sur la corruption (articles 18 et 19).

À l'heure actuelle, le présent projet de loi ne prévoit pas de disposition relative à la responsabilité pénale des personnes morales. L'élaboration d'un futur projet de loi sur cette question est cependant prévue.

La Chambre de Commerce insiste sur le fait que le Luxembourg ne peut faire l'économie d'un débat public sur le thème de l'introduction d'une éventuelle responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois et sur l'étendue exacte de cette responsabilité.

De manière générale, la Chambre de Commerce a toujours été traditionnellement opposée à l'introduction d'une responsabilité pénale pour les personnes morales. En particulier, le secteur bancaire a fait connaître sa position de principe qui n'est pas favorable à l'introduction dans le droit pénal d'une éventuelle responsabilité pénale des personnes morales. Il est notamment à craindre que la mise en cause des banques dans certaines affaires criminelles soit rendue plus facile pour les autorités judiciaires du fait qu'il ne sera plus nécessaire de rechercher les personnes physiques responsables de certains actes au sein des établissements.

Dans la perspective d'une éventuelle introduction d'une éventuelle responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois, la Chambre de Commerce recommande d'ores et déjà de limiter cette responsabilité pénale à certaines infractions graves, plutôt que de prévoir créer un régime général de responsabilité pénale des personnes morales. Dans la mesure du possible, il conviendrait également d'éviter le cumul de la responsabilité pénale des personnes morales avec celles des personnes physiques.

2.5 Les aspects civils de la lutte contre la corruption

La Chambre de Commerce regrette que les auteurs du présent projet de loi n'aient pas prévu l'approbation de la convention civile sur la corruption adoptée le 4 novembre 1999 au sein du Conseil de l'Europe¹³. Cette convention a été négociée et adoptée concomitamment à la convention pénale sur la corruption au sein du Conseil de l'Europe. Conçue comme le corollaire de la convention pénale sur le terrorisme, cette seconde convention prévoit notamment la mise en place de recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et leurs intérêts, et notamment d'obtenir des dommages-intérêts.

Le Luxembourg ayant participé à l'adoption de la convention civile sur la corruption¹⁴, la Chambre de Commerce encourage vivement le Gouvernement à élaborer un projet de loi introduisant en droit positif des dispositions permettant de sanctionner civilement les actes de corruption.

*

¹³ STE 174.

¹⁴ Le Luxembourg a signé la convention civile sur la corruption le 4 novembre 1999.

Bien que favorable à l'adhésion du Luxembourg aux standards européens de lutte contre la corruption, la Chambre de Commerce s'oppose à la conception extensive de certaines notions introduites dans le code pénal. L'approbation de conventions internationales ne doit pas être le prétexte à une pénalisation potentiellement généralisée des activités financières et commerciales. Dans ces conditions, et après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous rubrique que sous réserve expresse de la prise en considération des remarques formulées dans le présent avis.

5262/01

N° 5262¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(23.11.2004)

Par dépêche en date du 12 décembre 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs incluant un commentaire des dispositions des Actes à approuver ainsi qu'un commentaire des articles du projet de loi, le texte des Actes à approuver ainsi que les rapports explicatifs y relatifs. Le Conseil d'Etat s'est encore vu transmettre le texte de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, dans la mesure où, selon l'exposé des motifs, le projet de loi propose l'adoption et la transposition par le Grand-Duché de Luxembourg de l'ensemble des instruments en matière de répression pénale du phénomène de corruption qui ont été adoptés au sein du Conseil de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe entre les années 1997-2003.

Dans la prédite dépêche du 12 décembre 2003, il était indiqué que les avis des chambres professionnelles, du Parquet général et des deux Parquets avaient été demandés et parviendraient au Conseil d'Etat dès réception. A ce jour, aucun avis, ni d'une chambre professionnelle, ni d'une autorité judiciaire, n'a été communiqué au Conseil d'Etat.

*

Au courant de la décennie 1990-2000, des efforts ont été déployés au sein de maintes enceintes internationales à l'effet de renforcer la lutte contre le phénomène de la corruption. Le Grand-Duché de Luxembourg ne pouvait rester à l'écart de cette évolution. Par une loi du 15 janvier 2001, le législateur national a approuvé la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales. A l'époque, le Conseil d'Etat avait déjà signalé (avis du 15 février 2000 relatif au projet de loi devenu par la suite la loi du 15 janvier 2001, *doc. parl. 4400*²) „qu'il y a encore d'autres instruments qui devront tôt ou tard être transposés en droit luxembourgeois“, et le Conseil d'Etat de citer la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, signée le 27 janvier 1999, ou la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, signée le 26 mai 1997, instruments que le projet de loi sous avis soumet présentement à l'approbation parlementaire, à l'effet de parfaire ainsi l'adhésion du Luxembourg au dispositif normatif élaboré sur le plan international.

Le Luxembourg a par ailleurs, par une loi du 30 janvier 2001, approuvé 1) la Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995; 2) le Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Dublin, le 27 septembre 1996; 3) le Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés européennes, de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 29 novembre 1996. Le Protocole signé le 27 septembre 1996 à Dublin tend à compléter la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, en assurant une plus grande convergence dans la manière dont le droit pénal des différents Etats membres appréhende le phénomène de la corruption, pris dans sa dimension internationale, en ce qu'il implique des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres et en ce qu'il affecte effectivement ou potentiellement les intérêts des Communautés européennes.

Le Conseil d'Etat, dans le cadre des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi précitée du 15 janvier 2001, avait estimé utile qu'il soit vérifié par le ministère de la Justice que la refonte des dispositions du Code pénal concernant la corruption (constituant le premier objectif de la loi du 15 janvier 2001) soit conforme aux différents instruments (approuvés ou à approuver), une modification trop fréquente des textes de droit pénal spécial devant être évitée, compte tenu de la difficulté d'articuler dans le temps l'application de textes pénaux divergents. Les modifications aux dispositions actuelles du Code pénal concernant la lutte contre la corruption opérées par le projet de loi sous avis restent en définitive minimales, alors qu'il est proposé de compléter le seul article 252.

L'innovation la plus importante découle de l'approbation de la Convention pénale sur la corruption et de la transposition de la décision-cadre 2003/568/JAI: il s'agit de l'introduction de l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé. Le projet de loi 4400 avait déjà envisagé l'introduction de l'incrimination de la corruption des salariés dans le secteur privé; suite à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 juin 2000, auquel il est renvoyé (*doc. parl. 4400*⁴), il a été fait abstraction de la disposition en question.

Pour se conformer à toutes les exigences découlant de l'approbation des instruments sous rubrique, d'autres adaptations de notre droit positif devront encore être opérées, ainsi que le relève l'exposé des motifs:

- La Convention pénale sur la corruption oblige les Etats parties à prévoir des dispositions établissant une responsabilité pénale des personnes morales (article 18). A vrai dire, la Convention du Conseil de l'Europe ne fait que confirmer une tendance qui s'est déjà manifestée dans l'article 2 de la Convention de l'OCDE, approuvée par la loi du 15 janvier 2001 (voir rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe). A l'époque de l'approbation de la Convention de l'OCDE par le législateur national, le Conseil d'Etat avait estimé que l'article 2 de ladite convention demandait aux Etats parties de prendre les mesures nécessaires pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger, conformément à leurs principes juridiques. Les Etats, dont le droit ne connaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, ne sont donc pas tenus d'établir une telle responsabilité pour les besoins de la Convention (*doc. parl. 4400*²). Le Conseil d'Etat avait toutefois renvoyé aux évolutions législatives en France et en Belgique pour ce qui est du principe de la responsabilité pénale des personnes morales, estimant que

la législation luxembourgeoise devrait être portée au même niveau, surtout dans l'esprit qui prévaut de nos jours et qui tend à un rapprochement des principes en matière pénale du moins entre pays de l'Union européenne.

Le Deuxième Protocole additionnel à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes impose également aux Etats membres l'obligation de s'assurer que les personnes morales puissent être tenues comme responsables de faits de fraude, de corruption active et de blanchiment. Le texte du Protocole prévoit une possibilité de réserve en faveur de l'Autriche qui permet à cet Etat membre de déclarer qu'il ne sera pas lié par les articles 3 (Responsabilité des personnes morales) et 4 (Sanctions à l'encontre des personnes morales) pendant un délai de 5 ans à partir de l'adoption de l'acte établissant le Protocole. Le Luxembourg n'a pas demandé à bénéficier de la même faveur, alors que, d'après l'exposé des motifs, le Gouvernement est résolu à adopter une législation générale établissant le principe de la responsabilité pénale des personnes morales.

- L'exposé des motifs de relever, au titre d'autres adaptations nécessaires du droit positif luxembourgeois, les dispositions sur le blanchiment et sur la confiscation spéciale. Il est à cet égard renvoyé à deux projets de loi engagés dans le processus législatif, le premier étant le projet de loi (*No 5165*) relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, et modifiant toute une série d'autres dispositions légales et qui est entre-temps devenu la loi du 12 novembre 2004, le second étant le projet de loi (*No 5019*) sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales.
- L'exposé des motifs de renvoyer enfin, dans le contexte de l'article 22 de la Convention pénale sur la corruption, au projet de loi (*No 5156*) renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins.

Le processus législatif tendant à mettre la législation luxembourgeoise au diapason des dispositions tant des actes communautaires que des instruments internationaux, n'est donc pas encore à son aboutissement. Il convient d'ajouter que la Convention civile sur la corruption, conclue au sein du Conseil de l'Europe, est de toute façon, d'après l'exposé des motifs, destinée à faire l'objet d'un projet de loi distinct.

A l'instar de la loi précitée du 15 janvier 2001, le présent projet de loi constitue un élément parmi tout un ensemble de dispositions juridiques (voir rapport de la Commission juridique, *doc. parl. 4400⁷*). Du fait de l'approche retenue, consistant à procéder par étapes, il faudra veiller à maintenir la cohérence de l'ensemble.

*

EXAMEN DES TEXTES

Article 1er

L'article sous examen énumère les instruments soumis à l'approbation parlementaire.

Le Conseil d'Etat n'entend pas rentrer dans un examen détaillé des dispositions des conventions et protocoles dont s'agit. Il est renvoyé à ce sujet aux commentaires afférents figurant à l'exposé des motifs ainsi qu'aux rapports explicatifs respectifs.

1) S'agissant de 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, le Conseil d'Etat rejoint les observations de l'exposé des motifs, comme quoi les dispositions des articles 1er à 4 reproduisent en substance les dispositions du Protocole du 27 septembre 1996 à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Une adaptation du droit pénal spécial issu de la loi du 15 janvier 2001 n'est donc pas nécessaire en conséquence de l'approbation de la prédite convention.

Les développements consacrés dans l'exposé des motifs à l'endroit de l'article 8 de la Convention ont quelque peu perdu de leur actualité, à la suite de la loi du 17 mars 2004 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres de l'Union européenne.

A propos de l'article 9 de la Convention, (coopération effective des Etats membres dans les affaires transnationales, notamment au moyen de l'exécution des jugements prononcés dans un autre Etat membre), le commentaire se borne à relever que ledit article reprend, *mutatis mutandis*, les dispositions de l'article 6 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Le document parlementaire 4552 ne consacre pas davantage de développements à cette dernière disposition. Il y a lieu de partir de l'idée qu'en l'état actuel du droit positif, une exécution de jugements répressifs étrangers n'est possible que dans les hypothèses visées par la loi du 17 mars 2004 précitée relative au mandat d'arrêt européen (articles 5, point 6) et 20), ainsi que dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi du 14 juin 2001 portant 1. approbation de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990; 2. modification de certaines dispositions du code pénal; 3. modification de la loi du 17 mars 1992 1. portant approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1998; 2. modifiant et complétant la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie; 3. modifiant et complétant certaines dispositions du code d'instruction criminelle.

2) Le Deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ne donne lieu, à ce stade, qu'à quelques observations du Conseil d'Etat.

Les auteurs du projet de loi renvoient, dans leur commentaire de l'article 4 du Deuxième Protocole, au futur projet de loi concernant la responsabilité pénale des personnes morales, pour ce qui est des sanctions autres que celles des articles 203 et 203-1 de la loi sur les sociétés commerciales, à l'encontre des personnes morales. Le Conseil d'Etat de renvoyer à cet égard à son avis relatif au projet de loi devenu la loi du 15 janvier 2001 (*doc. parl. 4400²*), où il avait estimé, s'agissant de l'article 3, paragraphe 2 de la Convention de l'OCDE, que notre législation doit être complétée sur le point des sanctions (civiles ou administratives) à l'encontre des personnes morales.

A l'article 5 du Deuxième Protocole, il est aussi question de „retrait“, la référence au retrait ayant, d'après le rapport explicatif, pour but de couvrir les cas où il n'y a pas nécessairement confiscation (par exemple des affaires de droit civil visant à la réparation du préjudice ou à la restitution des biens à leur propriétaire légitime). Le volet restitution est traité dans le projet de loi (*No 5019*) sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales.

L'article 12 étend l'application de certaines dispositions de la Convention de base au blanchiment de capitaux visé à l'article 2 du Deuxième Protocole. Le commentaire figurant à l'exposé des motifs de relever qu'„il en est ainsi ... de l'article 6 relatif à la coopération entre les Etats membres aux procédures d'enquête, de poursuites ou d'exécution de sanctions“. Le Conseil d'Etat de renvoyer à ses observations ci-dessus en relation avec l'article 9 de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne.

3) Convention pénale sur la corruption

L'article 4 fait obligation à chaque Etat partie d'adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale les faits de corruption active et passive impliquant toute personne membre d'une quelconque assemblée publique nationale exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs. Les auteurs du projet de loi de faire état, dans ce contexte, des présidents et membres élus des chambres professionnelles, qui devraient être compris dans le terme „personne investie d'un mandat électif public“ (utilisé par les articles 246, 247 et 249 du Code pénal). La discussion paraît oiseuse au Conseil d'Etat, dans la mesure où les membres des chambres professionnelles devraient de toute façon tomber dans la catégorie des personnes „investies d'une mission de service public“ (voir *doc. parl. 4400*, exposé des motifs, présentation générale des innovations proposées, portée des termes proposés par le projet de loi).

Les auteurs du projet de loi estiment qu'il n'est pas nécessaire de légiférer dans le cadre de l'article 14, qui vise à voir ériger en infractions passibles de sanctions pénales ou autres types de sanctions

certaines comportements qualifiés d'infractions comptables. Le Conseil d'Etat retient qu'au titre de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, qui a notamment modifié le titre II du Livre Ier du Code de commerce, „les livres que les entreprises faisant le commerce sont obligées de tenir, et pour lesquels elles n'ont pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice, au profit de celles qui les ont tenus; sans préjudice de ce qui est réglé au livre des Faillites et Banqueroutes“. Les auteurs du projet de loi renvoient dès lors à juste titre aux dispositions relatives à la banqueroute (même si ces dispositions ne couvrent que le commerçant personne physique ou les dirigeants de l'entreprise commerciale personne morale). Pour ce qui est de l'application éventuelle de l'incrimination du faux en écritures, celle-ci pourrait se concevoir, s'agissant de fausses factures établies dans le but de tromper des tiers.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu par l'argumentation développée par les auteurs du projet de loi, qu'en tant qu'actes préparatoires, de tels comportements devraient pouvoir être sanctionnés au titre de l'article 51 du Code pénal: les actes simplement préparatoires, qui ne commencent pas encore l'exécution proprement dite du crime, ne suffisent point, dans le système de notre code, pour constituer une tentative punissable. Le cas échéant, l'article 67, alinéa 3 du Code pénal permettrait une appréhension de tels comportements.

S'agissant de la protection des collaborateurs de justice et des témoins (article 22 de la Convention), les auteurs du projet de loi de renvoyer au projet de loi (*No 5156*) renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins. D'après une dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, en date du 8 septembre 2004, le Gouvernement ne maintient pas le volet protection des témoins, qui devra faire l'objet d'un projet de loi à part, restant à élaborer.

La Convention du Conseil de l'Europe consacre tout un chapitre à la coopération internationale (articles 25 à 31). Il est à signaler que l'article 26, paragraphe 3 de la Convention pénale sur la corruption renvoie expressément au droit interne de l'Etat requis, pour ce qui est des demandes d'entraide judiciaire impliquant une levée du secret bancaire: l'article 1er de la loi du 8 août 2000 relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale exige que de telles demandes émanent d'autorités judiciaires, étant précisé que, de par l'effet de l'article 26, le ministère public sera à considérer comme „autorité judiciaire“ au sens de l'article 1er.

Le Conseil d'Etat de relever ensuite que la coopération, aux fins d'investigations et de procédures concernant les infractions pénales relevant du champ d'application de la Convention, s'effectue en principe conformément aux dispositions des instruments internationaux pertinents sur la coopération internationale en matière pénale (article 25, paragraphe 1er de la Convention). Les articles 26 à 31 s'appliquent lorsqu'ils sont plus favorables que les dispositions contenues dans les instruments internationaux dont question ci-dessus (article 25, paragraphe 3). D'après le rapport explicatif, le paragraphe 3 de l'article 25 consacre une dérogation au caractère subsidiaire du chapitre IV, en prévoyant que, malgré l'existence d'instruments ou d'arrangements internationaux en vigueur, les articles 26 à 31 s'appliquent aussi lorsqu'ils sont plus favorables. L'expression „plus favorable“ vise la coopération internationale. Elle signifie que ces dispositions doivent s'appliquer si, de ce fait, il est possible d'offrir une forme de coopération que, sans cela, il n'aurait pas été possible d'offrir. Le commentaire, figurant à l'exposé des motifs, ne contient pas de développements sur les incidences possibles de cette disposition. On peut cependant se poser des questions à ce sujet: ainsi, par exemple, l'entraide, impliquant des actes coercitifs auprès de personnes tenues à un secret professionnel (autre que le secret bancaire), devrait-elle être accordée alors même que la demande n'émane pas d'une autorité judiciaire (voir l'article 26, paragraphe 1er: autorités qui sont habilitées, en vertu de leurs lois nationales, à enquêter sur ou à poursuivre les infractions pénales)?

Article 2

Les modifications apportées au paragraphe 1er de l'article 252 du Code pénal tiennent compte des exigences de l'article 11 de la Convention pénale sur la corruption, ainsi que des exigences du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption. Le Conseil d'Etat est à s'interroger s'il ne conviendrait pas de compléter le quatrième tiret du nouveau paragraphe 1er, à l'effet de préciser que cette extension des dispositions relatives à la corruption active et passive se fait „dans le plein respect des dispositions des statuts de ces Cours, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités“ (il est renvoyé, à titre d'exemples, à l'article 48 du Statut de la Cour Pénale Internationale, ou encore à l'article 51 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales). Cette même remarque peut valoir aussi pour les membres des assemblées parlementaires d'une organisation internationale publique.

Article 3

L'article 3 du projet de loi constitue l'innovation la plus incisive en droit pénal spécial national: il s'agit d'incriminer la corruption active et passive dans le secteur privé. Ce faisant, les auteurs du projet de loi entendent satisfaire tant aux articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption, qu'à l'article 2 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Le commentaire de l'article sous examen retient qu'„en matière de corruption dans le secteur public, le législateur luxembourgeois a entendu incriminer de la manière la plus large tout comportement pouvant mettre en cause la probité des protagonistes de ce secteur“. Les auteurs du projet de loi sous avis de s'interroger „si, pour le secteur privé, il est opportun de se départir de cette approche très large et de faire usage des possibilités qui s'offrent de restreindre l'incrimination de la corruption dans le secteur privé en s'appuyant sur le critère de la distorsion de concurrence dans le domaine commercial“. Le commentaire de conclure que „du moment où le législateur est amené à sanctionner le phénomène de la corruption dans le secteur privé, il lui incombe avant tout de faire passer un message fort visant à insister non seulement sur le respect nécessaire des règles de concurrence loyale dans l'optique d'un marché sain mais de promouvoir une certaine moralité et un concept de loyauté pour l'ensemble des activités du corps social“.

En fait, le commentaire précité aborde deux aspects de la problématique liée à la corruption „privée“:

- Le premier aspect a trait au champ d'application de la nouvelle incrimination: y a-t-il lieu de se limiter aux seules „activités commerciales“, ou échet-il d'étendre l'incrimination à d'autres activités, y compris les activités non lucratives? Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003, les comportements à ériger en infraction pénale au titre de la corruption active et passive dans le secteur privé visent les activités professionnelles au sein d'entités à but lucratif ou non lucratif (à moins qu'un Etat membre déclare qu'il limitera le champ d'application des nouvelles incriminations aux actes qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux). Il y a lieu d'admettre, au vu du commentaire de l'article sous examen, que le Luxembourg n'a pas fait de déclaration au moment de l'adoption de la décision-cadre. Une telle déclaration serait de toute façon limitée dans le temps (article 2, paragraphe 4 de la décision-cadre), et le renouvellement d'une telle déclaration dépend d'un examen par le Conseil (article 2, paragraphe 5). Le Conseil d'Etat peut partant se rallier à l'approche des auteurs du projet de loi, qui ne font qu'anticiper une évolution probable au niveau communautaire. Le Conseil d'Etat de renvoyer cependant à une remarque figurant *in fine* d'un article sur la corruption privée, publié dans la Revue de droit commercial belge (année 2000, pages 464 à 476): le besoin pour une société de recourir à la pénalisation systématique pour appuyer une règle de comportement n'oblige-t-il pas à s'interroger? Cette réflexion à l'égard d'un texte de loi à portée plus réduite vaut certainement à l'égard de la disposition sous rubrique qui entend englober l'ensemble des activités du corps social.
- Le deuxième aspect a trait aux comportements à incriminer. Tant la décision-cadre 2003/568/JAI que la Convention pénale sur la corruption se réfèrent aux „avantages indus“. Dans le cadre des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi du 15 janvier 2001 déjà précitée, le Conseil d'Etat s'était fermement opposé, s'agissant de la corruption „publique“, à l'introduction, dans le nouvel article 247 du Code pénal, de la notion d'avantage indu, puisque cela signifierait que les paiements de „facilitation“ ou „petty gifts“ ne seraient pas à incriminer (voir l'avis du 15 février 2000, *doc. parl. 4400*²). Il est exact que le législateur belge (articles 504bis et 504ter du Code pénal belge) n'a pas repris la notion. Elle ne se retrouve pas non plus dans l'article 152-6 du Code du travail français, qui donne la définition de la corruption privée en droit français.

Il reste que certains auteurs hésitent à approuver sans réserve les dispositions introduites dans le Code pénal belge. Il est renvoyé à un article publié dans le Journal des Tribunaux (année 1999, pages 337 à 340) ayant trait à la loi belge du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption: „prise à la lettre, la loi pourra punir toute une série de comportements qui font partie du jeu normal de la concurrence économique ... une application stricte de la loi pourra avoir pour conséquence d'entraver la concurrence au lieu de la favoriser“. L'auteur de l'article précité, publié dans la Revue de droit commercial belge, de poser la question des traditionnels cadeaux de fin d'année ou de ceux qu'offrent

classiquement certains fournisseurs, tels les voyages d'agrément. Du moment que de telles pratiques s'inscrivent dans le cadre de relations commerciales normales, elles ne sauraient, en principe, constituer un acte de corruption. Dans le même sens, on consultera *Droit pénal et procédure pénale*, Editions Kluwer, verbo „corruption privée“, signalant la difficulté à déterminer „ce qu'est un paiement illicite constitutif de corruption, vu que l'octroi d'avantages économiques entre clients et fournisseurs est un élément de base de l'activité économique au sein d'un marché concurrentiel“.

Le texte sous examen risque de rendre cette question encore plus compliquée, du fait de l'utilisation des termes „sans droit“. D'après le commentaire des articles du projet de loi 4400, devenu la loi du 15 janvier 2001, „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“. Transposés à la corruption privée, ces termes risquent de rendre impossible une articulation avec l'exigence que l'acte doit avoir eu lieu à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ou de la personne physique ou morale pour laquelle le corrompu ou le corrupteur travaille. Contrairement au souci affiché par les auteurs du projet de loi, l'utilisation des termes „sans droit“ risque d'avoir pour conséquence que les dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé se révèlent plus sévères que celles touchant le secteur public.

Une telle interprétation de la nouvelle incrimination, surtout dans le domaine des activités commerciales, serait certes de nature à résoudre le problème de l'atteinte au jeu de la libre concurrence (voir les articles précités dans le Journal des Tribunaux et dans la Revue de droit commercial belge, pour ce qui est de la „corruption privée autorisée“). Il reste que le texte n'aurait alors plus de sens, en continuant à exiger que l'acte ait été commis à l'insu et sans l'autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ou de la personne physique ou morale pour laquelle le corrompu ou le corrupteur travaille.

Une autre difficulté d'application résulte de ce que les auteurs du projet de loi proposent d'ajouter une condition alternative de violation d'obligations légales, de règles ou de directives professionnelles liées à la fonction.

Le projet initial devenu la loi belge du 10 février 1999 prévoyait également comme condition supplémentaire que l'acte ait été posé „en violation des instructions expresses de celui-ci (conseil d'administration) ou de celle-ci (assemblée générale), des règles internes expresses édictées par la personne morale ou physique ou des règles déontologiques de la profession“. Cette condition n'a en définitive pas été retenue, afin de ne pas limiter l'application de l'incrimination aux règles en question, mais de l'élargir à toute activité (voir Sénat de Belgique, session 1995-1999, *document législatif 1-107/5*, rapport fait au nom de la commission de la justice, page 13). C'est d'ailleurs également un souci des auteurs du projet de loi d'étendre l'application de l'incrimination par exemple aux bénévoles.

Par ailleurs, le caractère alternatif de cette condition pose problème: il y aurait donc corruption privée (active ou passive), soit que l'auteur ait agi à l'insu et sans l'autorisation de qui de droit, soit que l'auteur ait agi en violation de ses obligations légales ou de règles ou de directives professionnelles liées à sa fonction. En d'autres termes, même en agissant ouvertement et avec l'autorisation de qui de droit, l'auteur peut néanmoins se rendre coupable de corruption par suite d'une violation de ses obligations légales (à l'égard desquelles l'autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale de la personne morale ou de la personne physique ou morale pour laquelle l'auteur travaille devrait de toute façon être impuissante) ou de règles ou de directives professionnelles (à l'égard desquelles on peut cependant s'interroger, s'il n'y a pas lieu d'appliquer le principe *specialia generalibus derogant*, ce d'autant plus si ces règles ou directives émanent de l'organe ou de la personne autorisant spécialement un acte déterminé). Là encore l'articulation des conditions posées par le texte, conditions qui procèdent de logiques différentes, risque de s'avérer inextricable.

Finalement, il y a lieu de relever que les auteurs du projet de loi semblent partir de la prémisse que de telles règles ou directives professionnelles sont monnaie courante. Il aurait été utile, à cet égard, de disposer des avis des chambres professionnelles concernées. Il est permis de s'interroger si l'évolution des mentalités sur la nécessité d'éradiquer le phénomène de la corruption privée a déjà conduit, dans tous les domaines, à l'élaboration de normes internes ou de codes de déontologie autorégulateurs. Il paraît pour le moins osé de le présupposer, au point d'en faire un élément de l'acte matériel de corruption dans le secteur privé.

Compte tenu des incertitudes au niveau des conditions d'application de la nouvelle incrimination, le texte est à revoir. Le Conseil d'Etat ne serait pas à même, au regard du principe de la légalité des incriminations, d'accorder une dispense du second vote constitutionnel si le projet était voté dans sa teneur actuelle. Si l'approbation des instruments internationaux repris dans l'intitulé du projet de loi était considérée comme urgente et prioritaire, une solution consisterait à retirer dans l'immédiat du projet de loi l'article 3 (et par voie de corollaire l'article 4).

Article 4

Sous réserve de la remarque finale à l'endroit de l'article 3, la disposition sous examen donne lieu aux observations suivantes:

La modification à apporter à l'article 506-1 du Code pénal devra tenir compte de la teneur de cette disposition, telle qu'elle résulte de la loi du 12 novembre 2004 (projet de loi *No 5165*). Il se recommande d'écrire „Le numéro 1) de l'article 506-1 du Code pénal est modifié comme suit:“, pour rester dans la terminologie de la loi du 12 novembre 2004.

La référence à „l'article 31, alinéa premier, sous 1)“ ne pourra être maintenue que si le projet de loi (*No 5019*) sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales est voté préalablement au présent projet de loi.

Article 5

Le Conseil d'Etat ne voit pas l'opportunité de la modification proposée à l'endroit de l'article 2 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, dans la mesure où l'article 2 de ladite loi dispose déjà que l'autorisation peut être révoquée pour les motifs qui en auraient justifié le refus: une condamnation pour corruption pourrait sans aucun doute justifier le refus d'une autorisation d'établissement, comme mettant en cause l'honorabilité professionnelle.

Article 6

Dans le contexte de la coopération internationale (chapitre IV de la Convention pénale sur la corruption), il est prévu que chaque Etat partie désigne une autorité centrale chargée d'envoyer les demandes formulées en vertu dudit chapitre IV, d'y répondre, de les exécuter ou de les transmettre aux autorités qui ont compétence pour les exécuter. D'après le rapport explicatif, il s'agit d'un moyen permettant d'assurer correctement et rapidement la transmission de ces demandes. Les auteurs du projet de loi proposent de faire assumer au Procureur général d'Etat les fonctions d'autorité centrale. Dans la mesure où le chapitre IV de la Convention couvre également l'entraide judiciaire, le Conseil d'Etat peut marquer son accord à cette désignation du Procureur général d'Etat. Le projet de loi est par ailleurs dans la ligne de la loi du 15 janvier 2001 portant approbation de la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Il reste que le chapitre IV de la Convention pénale sur la corruption couvre aussi l'extradition. Or, les questions relatives à l'extradition ne relèvent pas du Procureur général d'Etat. Le Conseil d'Etat de relever encore que dans le cadre de la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres (loi du 17 mars 2004), le législateur luxembourgeois n'a pas retenu l'approche originaires des auteurs de la loi de confier au Procureur général d'Etat les fonctions d'autorité centrale. L'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2004 susmentionnée rend difficile le maintien d'un parallélisme entre l'article 6 sous examen et l'article I de la loi du 15 janvier 2001 précitée. La voie préconisée par les auteurs du projet de loi, de réserver „les compétences attribuées par la loi à d'autres autorités“, apparaît en définitive comme la seule voie praticable, compte tenu par ailleurs du caractère en principe subsidiaire des dispositions du chapitre IV de la Convention pénale sur la corruption. Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat part de l'idée que la désignation du Procureur général d'Etat en tant qu'autorité centrale au titre du chapitre IV de la Convention pénale sur la corruption a lieu sans préjudice de la coopération instituée ou à instituer au titre en particulier d'actes communautaires (le Conseil d'Etat de renvoyer plus particulièrement à Europol et à Eurojust).

Article 7

L'article 7 sous examen entend autoriser le Gouvernement à faire plusieurs déclarations

- au titre de la Convention établie sur base de l'article K.3 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, d'une part,
- au titre de la Convention pénale sur la corruption, d'autre part.

La déclaration sous I, 1.) est le pendant de la déclaration faite par le Luxembourg au titre de l'article 6 du Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

La déclaration sous II est de même à rapprocher des déclarations dont question ci-dessus. De par l'effet de ces déclarations, la compétence des juridictions luxembourgeoises sera déterminée d'après les dispositions de l'article 5 du Code d'instruction criminelle. S'agissant du blanchiment du produit des délits de la corruption, une interférence de la déclaration sous II avec notamment l'article 506-3 du Code pénal peut être exclue.

La déclaration à l'effet d'accepter la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes ne donne pas lieu à observations.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 novembre 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Pour le Président,
Le Vice-Président,
Claude BICHELER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5262/02

N° 5262²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(25.11.2004)

Par sa lettre du 8 décembre 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

*

1. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis vise à approuver plusieurs textes internationaux en matière de corruption et à modifier certaines dispositions du Code pénal.

L'approbation de ces textes entraînera deux grandes nouveautés, à savoir: d'une part, l'introduction de l'infraction de corruption dans le secteur privé et, d'autre part, la responsabilité pénale des personnes morales.

La Chambre des Métiers constate que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas traitée dans le projet de loi sous avis. Les auteurs du présent projet de loi précisent dans l'exposé des motifs qu'elle sera traitée dans un projet de loi distinct. La Chambre des Métiers entend rappeler au législateur l'obligation de se conformer avant le 22 juillet 2005 à la Décision-Cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne relative à la corruption dans le secteur privé, laquelle oblige les Etats membres

de prendre les mesures nécessaires afin que la responsabilité pénale des personnes morales puisse être engagée en cas de corruption.

La Chambre des Métiers entend par ailleurs relever que les dispositions de la Décision-Cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé sont également transposées dans le présent projet de loi alors qu'il n'est pas fait référence au dudit texte dans l'intitulé du projet de loi.

La Chambre des Métiers salue l'approbation des textes susmentionnés dans la mesure où le Luxembourg, comme tout autre pays, n'est pas à l'abri des pratiques de corruption et qu'il s'avère donc nécessaire de renforcer l'arsenal législatif anticorruption.

La corruption enrichit illégitimement un petit nombre de personnes et affaiblit la société, l'économie et l'Etat. Là où la corruption s'enracine, elle devient un obstacle important au développement économique. Elle sape les fondements de l'Etat de droit et favorise le crime organisé. Elle entraîne un gaspillage des fonds publics, fausse la concurrence, et rend plus difficile le commerce voire les investissements.

*

2. COMMENTAIRES DES ARTICLES

Article 1

Le présent article approuve expressément les textes internationaux suivants:

- la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- le deuxième Protocole établi sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003.

Cet article ne suscite pas d'observations particulières.

Article 2

Cet article modifie le paragraphe 1 de l'article 252 du Code pénal et étend les dispositions législatives existant en matière de corruption, aux fonctionnaires et agents publics d'autres Etats, aux fonctionnaires communautaires ainsi qu'aux fonctionnaires ou agents d'organisations internationales.

Ainsi, les auteurs du présent projet de loi, d'une part, actualisent et renforcent les dispositions législatives réprimant la corruption et, d'autre part, mettent la législation luxembourgeoise au diapason des normes de droit international public applicables en la matière.

La Chambre des Métiers approuve cet article, car seulement une coordination entre les textes législatifs existant dans la matière dans les différents Etats permet de lutter efficacement contre la corruption.

Article 3

Cet article introduit deux nouveaux articles dans le Code pénal, notamment l'article 310 et l'article 310-1.

Ces deux articles érigent en infraction pénale, les faits de corruption dans le secteur privé. Les dispositions pénales en matière de corruption dans le secteur privé s'appliquent en cas de corruption active ou passive commise au détriment d'une entité du secteur privé.

En introduisant ces deux articles dans le Code pénal, le Luxembourg satisfait aux exigences des articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption voire même des articles 2 à 4 de la Décision-Cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

A titre principal, la Chambre des Métiers tient à relever que le champ d'application du projet de loi sous avis va plus loin que celui de la Convention pénale sur la corruption, respectivement de la

Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003, qui définissent la corruption, comme „le fait de promettre, d'offrir ou de donner ... un avantage indu“. Or, la notion „d'avantage indu“ n'est pas reprise dans le texte du projet de loi, qui parle de „présents ou d'avantages quelconques“. La Chambre des Métiers suggère aux auteurs du projet de loi sous avis de se tenir au texte à approuver afin d'éviter toute insécurité juridique quant à la qualification de la corruption.

A titre subsidiaire, la Chambre des Métiers constate que la Décision-Cadre 2003/568/ JAI du Conseil de l'Union européenne, à laquelle le Luxembourg doit se conformer avant le 22 juillet 2005, par opposition à la Convention pénale sur la corruption, vise les activités à but lucratif ainsi que les activités à but non lucratif. Or, il ne ressort pas clairement du texte du projet de loi sous avis s'il dépasse le domaine des activités commerciales. La Chambre des Métiers souhaite que les auteurs du projet de loi sous avis donnent plus de précisions quant à ce point.

Finalement, la Chambre des Métiers déplore que les auteurs du projet de loi sous avis aient fait usage de la faculté prévue par l'article 1 de la Décision-Cadre 2003/568/JAI et aient interprété de façon extensive la notion de violation d'une obligation légale. Elle est d'avis que le non-respect de règles ou directives professionnelles, établies par les professions elles-mêmes, lesquelles peuvent d'ailleurs varier d'un métier à l'autre, ne devrait pas tomber sous le champ d'application de la présente loi et faire l'objet de sanctions pénales. L'inobservation de ces règles devrait être sanctionnée par des mesures disciplinaires.

Article 4

Le présent article modifie l'article 506-1 du Code pénal relatif à l'infraction de blanchiment, en ce sens, qu'il élargit son champ d'application afin de pouvoir également protéger les intérêts financiers communautaires visés à l'article 1er de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles le 26 juillet 1995.

La Chambre des Métiers souhaite attirer l'attention des auteurs du présent projet de loi sur le fait que le renvoi sous le point 1) à l'article 31, alinéa 1er, sous 1), est inexact; il faut renvoyer à l'article 32-1 alinéa 1er sous 1).

Sous réserve de cette observation, la Chambre des Métiers approuve le présent article.

Article 5

Cet article complète la loi du 9 juillet 2004 modifiant la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales.

Il traite du retrait de l'autorisation et dispose que l'autorisation peut être refusée ou révoquée au cas où l'intéressé a violé ses obligations professionnelles légales, ou s'est soustrait aux charges sociales ou fiscales. Elle pourra également être révoquée dans le cas où l'intéressé aurait été condamné pénalement du chef d'infractions aux dispositions légales en matière de concurrence déloyale ou de corruption.

La Chambre des Métiers approuve cette disposition car ce n'est qu'en responsabilisant les personnes en cause, que la lutte contre la corruption et plus généralement contre la violation des obligations professionnelles s'avère efficace.

Article 6

Cet article désigne le Procureur Général de l'Etat comme personne habilitée à exercer la fonction d'autorité centrale. Cette fonction consiste à effectuer les échanges dans le cadre de la coopération internationale entre les parties.

Au cas où d'autres autorités sont compétentes, alors le Procureur Général de l'Etat doit assurer la transmission de la demande à l'autorité compétente.

Cet article ne donne pas lieu à des commentaires.

Article 7

Le présent article détermine la compétence territoriale du Grand-Duché de Luxembourg. Le Luxembourg a opté pour le critère de la nationalité, en ce sens que, la compétence des autorités luxembourgeoises est subordonnée à la nationalité luxembourgeoise, sauf dans les cas où l'infraction est commise en tout ou en partie sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. En d'autres termes, il

faut que l'auteur ait la nationalité luxembourgeoise pour que les autorités luxembourgeoises se déclarent compétentes.

La Chambre des Métiers approuve ces dispositions puisqu'elles déterminent clairement la compétence des autorités luxembourgeoises, ce qui permet désormais d'éviter toute discussion quant à la compétence territoriale du Luxembourg, au cas où la compétence des autorités luxembourgeoises pourrait être invoquée.

La Chambre des Métiers approuve le projet de loi sous avis, sous réserve des observations ci-dessus.

Luxembourg, le 25 novembre 2004

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur,
Paul ENSCH

Le Président,
Paul RECKINGER

5262/04

N° 5262⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION JURIDIQUE**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(21.2.2005)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous soumettre ci-après différents amendements au projet de loi sous rubrique tels qu'ils viennent d'être adoptés par la Commission juridique:

1. Amendement à l'article 2

Dans son avis du 23 novembre 2004 le Conseil d'Etat a proposé d'ajouter au tiret final du point 1) de l'article 252 du Code pénal tel que ce tiret est modifié par l'article 2 du projet, par analogie au pénultième tiret dudit point 1), la partie de phrase „dans le plein respect des dispositions des statuts de ces Cours, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités“.

Le Conseil d'Etat a ajouté qu'on pourrait prévoir une telle précision également pour les membres des assemblées parlementaires d'organisations internationales publiques.

Tout en approuvant l'idée de prévoir dans le texte une précision dans le sens préconisé par le Conseil d'Etat, la commission juge préférable de modifier comme suit la proposition de texte du Conseil d'Etat:

„dans le plein respect des dispositions pertinentes des statuts de ces organisations internationales publiques, assemblées parlementaires d'organisations internationales publiques ou juridictions internationales ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités.“

Cette précision sera donc ajoutée au dernier tiret de l'article 252 du Code pénal tel que modifié par l'article 2 du projet.

2. Amendement à l'article 3

Cet article incrimine la corruption active et passive dans le secteur privé en insérant à cette fin au Code pénal un article 310 et un article 310-1 nouveaux.

Pour les motifs plus amplement exposés dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cet article.

La commission propose de s'inspirer, pour la définition de la corruption privée passive et de la corruption privée active, du texte belge qui, à la différence du texte du projet, ne contient aucune condition alternative de violation d'obligations légales, de règles ou de directives professionnelles liées à la fonction.

L'article 540bis du Code pénal belge se lit comme suit:

„§1er. Est constitutif de corruption privée passive le fait pour une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, de solliciter ou d'accepter, directement ou par interposition de personnes, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.

§2. Est constitutif de corruption privée active le fait de proposer, directement ou par interposition de personnes, à une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.“

La commission suggère ainsi de rédiger comme suit les articles 310 et 310-1 nouveaux:

„Art. 310.– Est puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros, le fait par une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, de solliciter ou d'accepter, directement ou par interposition de personnes, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.“

„Art. 310-1.– Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de proposer, directement ou par interposition de personnes, à une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.“

3. Amendement à l'article 4

Cet article établit l'infraction de blanchiment également à l'encontre des infractions primaires de fraude aux intérêts financiers communautaires. Il reprend la formulation de l'article 506-1, paragraphe 1) du Code pénal tel que proposé par le projet de loi 5165 sur la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, devenu après l'élaboration du présent projet, la loi du 12 novembre 2004, tout en proposant d'insérer dans la liste des infractions primaires, au sixième tiret, un renvoi aux articles

310 et 310-1 nouveaux, et en remplaçant, compte tenu du projet de loi 5019 sur la confiscation, la référence à l'article 32, alinéa 1er, sous 1) du Code pénal par une référence à l'article 31, alinéa 1er, sous 1) du même Code.

Comme toutefois l'article 506-1 tel qu'il est actuellement en vigueur parle déjà, en termes généraux, en son point 1), pénultième tiret, „d'une infraction de corruption“, le terme de „corruption“ pouvant ainsi viser dans le contexte de cet article également la corruption privée, on peut en déduire que l'article 506-1 dans sa forme actuelle est déjà conforme aux conventions et protocoles qu'il s'agit d'approuver.

Par ailleurs, comme il est d'ores et déjà acquis que le présent projet sera voté avant le projet de loi 5019 sur la confiscation, il est exclu, comme l'a fait remarquer à juste titre le Conseil d'Etat, de changer la référence que fait l'article 506-1 dans sa forme actuelle, à l'article 32-1 du Code pénal.

En conclusion la commission est d'avis que l'article 506-1 du Code pénal peut être maintenu dans sa forme actuelle et qu'il y a partant lieu de supprimer purement et simplement l'article 4 du projet.

Je précise que, comme la commission a adopté la suggestion du Conseil d'Etat d'omettre l'article 5 du projet qui modifie la loi modifiée du 28 décembre 1988 sur le droit d'établissement, l'intitulé du projet est à modifier en ce sens que la référence à la loi précitée doit être supprimée.

Par ailleurs, suite à la suppression des articles 4 et 5, il y a lieu de modifier la numérotation des articles subséquents, les articles 6 et 7 devenant dès lors les articles 4 et 5.

4. Amendement à l'article 7 devenant l'article 5

Au point II il y a lieu de lire „En application ..., le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que ...“, au lieu de „En application ..., le Grand-Duché de Luxembourg déclare que ...“.

*

Etant donné que l'évacuation du projet de loi 5262 revêt un caractère d'urgence, je vous saurais gré, au nom de la Commission juridique, de bien vouloir faire aviser par le Conseil d'Etat les amendements ci-dessus dans un délai permettant à la Chambre de voter le projet de loi au cours du mois de mars.

J'envoie copie de la présente, pour information, au Ministre de la Justice et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien WEILER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5262/05

N° 5262⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;

et modifiant et complétant:

- 1) certaines dispositions du code pénal;
- 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(8.3.2005)

Par dépêche du 21 février 2005, le Président de la Chambre des députés, en conformité de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996, a saisi le Conseil d'Etat d'amendements au projet de loi sous rubrique. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire.

Depuis son premier avis du 23 novembre 2004, le Conseil d'Etat s'est encore vu transmettre les avis de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce sur le projet de loi originaire en dates respectivement du 29 décembre 2004 et du 6 janvier 2005.

Les amendements, adoptés par la Commission juridique de la Chambre, portent sur les articles 2, 3, 4 et 7 du texte originaire.

L'amendement à l'article 2 fait suite aux observations du Conseil d'Etat qui peut se rallier au texte proposé pour compléter le quatrième tiret du nouveau paragraphe 1er de l'article 252 du Code pénal.

L'amendement à l'article 3 vise à remplacer les dispositions relatives à la corruption active et passive dans le secteur privé proposées par le texte gouvernemental par de nouvelles dispositions calquées sur les incriminations existant en droit belge (article 504bis). Le Conseil d'Etat peut se rallier à l'approche des auteurs de l'amendement de s'inspirer des textes belges, quitte à renvoyer aux réserves suscitées par lesdites incriminations chez certains auteurs belges, et dont il est fait état dans l'avis du 23 novembre 2004.

L'infraction pourra être établie même si le corrompu ou le corrupteur exercent des fonctions non rémunérées et même lorsque celles-ci sont exercées à titre accessoire et en dehors de toute activité professionnelle, par exemple au sein d'une association sans but lucratif (voir l'article publié dans la *Revue de droit commercial belge*, année 2000, page 469, cité dans le premier avis du Conseil d'Etat, l'article renvoyant aux travaux parlementaires belges). Les nouveaux textes proposés devraient donc satisfaire à l'article 2, paragraphe 2 de la décision-cadre 2003/568/JAI (applicabilité de l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé aux activités professionnelles au sein d'entités à but lucratif ou non lucratif).

L'article 4, modifiant l'article 506-1 du Code pénal, est supprimé. La Commission juridique estime que l'article 506-1 peut être maintenu dans sa teneur actuelle (telle qu'elle résulte de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme). Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche, les termes „d'une infraction de corruption“ utilisés pour désigner l'une des catégories d'infractions primaires de l'infraction de blanchiment pouvant être interprétés, sans qu'il en résulte une application par analogie ou par induction de la loi pénale, à la corruption privée.

En décidant de supprimer l'article 5, suppression qui ne fait pas l'objet d'un amendement à proprement parler, la Commission juridique fait sienne une suggestion du Conseil d'Etat.

L'amendement à l'endroit de l'article 7 opère un redressement purement rédactionnel qui ne donne pas lieu à observation.

La nouvelle numérotation des articles, suite à la suppression des articles 4 et 5 originaires, de même que la modification de l'intitulé de la loi en projet, ne donnent pas lieu à observations.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 mars 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

5262/06

N° 5262⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
 - b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
 - c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
 - d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;
- et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(23.3.2005)

La Commission se compose de: M. Patrick SANTER, Président; Mme Christine DOERNER, Rapportrice; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Felix BRAZ, Mmes Lydie ERR, Colette FLESCHE, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS et Laurent MOSAR, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi sous rubrique fut déposé à la Chambre des Députés par Monsieur le Ministre de la Justice en date du 19 décembre 2003. Le projet était accompagné d'un exposé des motifs; d'un commentaire des articles du projet de loi et de commentaires des différents instruments juridiques à transposer; d'une copie de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé; d'une copie de la Convention établie sur 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; d'une copie du Rapport explicatif concernant la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne; d'une copie de l'Acte du Conseil du 19 juin 1997 établissant le deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes; d'une copie du Rapport explicatif sur le deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes; d'une copie de la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27.1.1999); d'une copie du Rapport explicatif

concernant la Convention pénale sur la corruption; d'une copie du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15.5.2003); d'une copie du Rapport explicatif sur le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption.

Le projet de loi a été avisé par la Chambre de Commerce le 16 avril 2004 et par la Chambre des Métiers le 25 novembre 2004.

Le Conseil d'Etat a rendu deux avis: l'un en date du 23 novembre 2004 et l'autre le 8 mars 2005.

Le projet de loi sous examen fut présenté aux membres de la Commission parlementaire lors de sa réunion du 12 janvier 2005. Lors de cette même réunion, Madame Christine DOERNER fut désignée comme Rapportrice du projet de loi et la Commission procéda à l'examen du texte sous rubrique à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 2004. La Commission a poursuivi ses travaux lors de trois réunions successives qui se sont tenues les 26 janvier, 2 et 16 février 2005. Lors de ces réunions, la Commission adopta plusieurs amendements qui furent avisés par le Conseil d'Etat en date du 8 mars 2005.

La Commission s'est encore réunie le 23 mars 2005 pour examiner l'avis complémentaire du Conseil d'Etat et adopter le présent rapport.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

Objet du projet de loi sous rubrique

Le projet de loi sous examen vise à approuver une série d'instruments juridiques adoptés entre 1997 et 2003 au sein du Conseil de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe et ayant trait à la répression pénale de la corruption. Il s'agit plus particulièrement 1) de la Convention établie sur base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997; 2) du deuxième Protocole établi sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997; 3) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999; et 4) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003.

A noter dans ce contexte que la Convention civile sur la corruption, signée à Strasbourg, le 4 novembre 1999, n'est pas concernée par le projet de loi sous rubrique et sera transposée en droit luxembourgeois par un projet de loi distinct.

A noter encore que si le deuxième Protocole à la Convention relative aux intérêts financiers des Communautés européennes du 19 juin 1997 et la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 prévoient la responsabilité pénale des personnes morales, cet aspect sera lui aussi traité dans le cadre d'un projet de loi à part.

La lutte contre la corruption, une priorité absolue de l'Union européenne

La corruption, qui existe depuis tous les temps, constitue un des comportements les plus répréhensibles et également l'un des plus répandus qui soit, menaçant la prééminence du droit, entravant la bonne gestion des affaires publiques de même que le développement économique et mettant en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux d'une société. Il n'est dès lors pas étonnant que la communauté internationale, et plus particulièrement l'Union européenne fasse de la lutte contre la corruption une priorité absolue.

Suite à plusieurs affaires de fraude mettant en cause des intérêts financiers communautaires et à la constatation par le Conseil de l'Union européenne de l'existence de lacunes au niveau des législations européennes ayant pour but de réprimer les violations du droit communautaire, une Convention établie sur base de l'article K.3 du Traité de l'Union européenne et relative aux intérêts financiers des Communautés européennes fut adoptée à Bruxelles, le 26 juillet 1995. Cette Convention porte sur des questions essentielles telles que la définition de la fraude ou la nécessité d'incriminer ce comportement voire la coopération entre Etats membres ou les sanctions à appliquer aux fonctionnaires communautaires.

Par la suite deux Protocoles furent adoptés. Le premier, qui complète la Convention précitée, fut signé le 27 septembre 1996 et a pour objectif d'assurer une lutte coordonnée au niveau des Etats membres contre la corruption de fonctionnaires publics tant nationaux qu'euro-péens. Un autre Protocole, concernant celui-là l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés européennes, de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, fut signé à Bruxelles, le 29 novembre 1996.

La Convention et les deux Protocoles susmentionnés ont été transposés en droit luxembourgeois par une loi du 30 mars 2001.

Un nouveau Protocole visant à compléter la Convention du 26 juillet 1995 et le premier Protocole, a été signé à Bruxelles, le 19 juin 1997. Ce Protocole, connu sous le nom de „Deuxième Protocole“, vise à aboutir à une incrimination coordonnée, au niveau de tous les Etats membres de l'Union européenne, des actes de fraude ou de corruption commis au détriment du budget communautaire pour le compte de personnes morales, ainsi que du blanchiment du produit de tels actes de fraude ou de corruption.

Par ailleurs, une nouvelle Convention fut élaborée et signée le 26 mai 1997. Elle tend à voir incriminer de manière cohérente au niveau des Etats membres les actes de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres, et ce quelle que soit l'incidence de ces actes sur les intérêts financiers communautaires.

Finalement, donnant suite à une proposition de lutter contre la corruption dans le secteur privé telle que formulée lors de la Présidence luxembourgeoise du Conseil européen en 1997, une Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé a été adoptée. A noter que cette Décision-cadre remplace l'action commune arrêtée par le Conseil européen le 22 décembre 1998.

La transposition de la Décision-cadre susmentionnée nécessite une adaptation du droit luxembourgeois, alors qu'à ce jour, seuls les actes de corruption au niveau du secteur public sont sanctionnés.

A noter encore que le Conseil de l'Union européenne n'est pas la seule enceinte internationale s'intéressant au phénomène de la corruption et s'engageant dans la lutte contre celui-ci. L'OCDE, ainsi que le Conseil de l'Europe ou encore les Nations Unies multiplient les interventions dans ce domaine.

Incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé: principal élément du projet de loi sous rubrique

Le projet de loi sous rubrique entend insérer deux nouveaux articles au niveau du Code pénal, à savoir les articles 310 et 310-1, et ce afin de rendre notre législation pénale conforme aux exigences de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003 et de la Convention pénale sur la corruption.

Il est rappelé dans ce contexte que la Décision-cadre susvisée impose aux Etats membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale tant la corruption passive qu'active dans le secteur privé. Cette décision énumère un certain nombre d'actes qui, lorsqu'ils sont effectués délibérément dans le cadre d'activités professionnelles, constituent des actes de corruption. A l'instar de la Décision-cadre, la Convention pénale sur la corruption invite les Etats parties à adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour incriminer la corruption privée.

Champ d'application

Les auteurs du projet de loi sous rubrique se sont inspirés de la loi belge du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption. La Commission a, par ailleurs, décidé de reprendre la formulation de l'article 540*bis* du Code pénal belge.

A l'instar du champ d'application de la loi belge du 10 février 1999, le champ d'application du projet sous examen est plus large que celui de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999. Il est rappelé à cet endroit que la Convention pénale sur la corruption exige que l'acte ait été posé dans le cadre d'une activité commerciale et elle limite la portée de l'infraction aux seules relations de travail.

Or, le projet sous rubrique couvre tant les activités à but lucratif que les activités à but non-lucratif, ceci en conformité avec la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003. De même, sont visées les relations d'emploi, les professions ayant un statut d'indépendant et les mandataires.

L'infraction de corruption pourra donc être établie même si le corrupteur ou le corrompu exercent des fonctions non rémunérées et même lorsque celles-ci sont exercées à titre accessoire et en dehors de toute activité professionnelle. Ces remarques faites par le Sénat belge lors de l'adoption de la loi du 10 février 1999¹ valent également pour le texte sous examen. A noter, pour être complet, que la corruption d'une personne physique agissant pour son propre compte ne saurait par contre être sanctionnée.

Eléments constitutifs de l'infraction de corruption privée

Pour que l'infraction de corruption soit donnée, il faut un acte de sollicitation, de proposition ou d'acceptation.

A noter que d'après la Cour de cassation française et la doctrine belge², l'infraction de corruption est une infraction instantanée. Ainsi, la corruption passive existera dès la sollicitation de la personne corrompue quand bien même celle-ci ne serait suivie d'aucune proposition. Il y aura également acte de corruption passive si la personne corrompue, sans avoir commis la moindre sollicitation, accepte la proposition qui lui est faite par le corrupteur.

L'infraction de corruption active quant à elle est consommée dès qu'une proposition aura été faite à un administrateur ou gérant d'une personne morale, à un mandataire ou à un préposé d'une personne morale ou physique, peu importe si le destinataire de la proposition l'accepte ou non.

L'offre ou la promesse doit porter sur un avantage de toute nature.

Cette notion d'„avantage de toute nature“ permet d'éviter tout problème d'interprétation quant à la nature des choses visées. Elle recouvre entre autres les offres, promesses, dons, présents, escomptes et autres primes.

Les avantages sollicités, proposés ou acceptés ne sont pas nécessairement des avantages en espèces. Pour qu'il y ait corruption, l'avantage ne doit pas revêtir une certaine importance. La valeur des dons ou l'ampleur de la promesse est sans incidence aucune sur la commission de l'infraction.

Il n'est pas inintéressant de noter que d'après la jurisprudence et la doctrine belges³, l'offre, la promesse ou l'avantage doit avoir précédé l'accomplissement de l'acte incriminé pour que l'infraction de corruption soit donnée.

L'enrichissement personnel n'est pas un élément constitutif de l'infraction de corruption. En effet, l'avantage ne doit pas nécessairement profiter à la personne corrompue, il peut profiter à une tierce personne.

Pour que l'infraction de corruption soit retenue, il faut que la proposition, l'acceptation ou la sollicitation ait provoqué ou facilité un acte de fonction, l'acte de fonction devant être compris comme celui qui entre dans les attributions propres de la personne incriminée, tel que le fait de passer commande ou de signer des actes⁴.

Finalement, la commission de l'infraction de corruption est encore subordonnée au fait que l'acte incriminé ait été posé à l'insu et sans l'autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur. Il est évident que l'autorisation ne saurait être qu'antérieure à la commission de l'acte et non ultérieure.

S'il peut paraître paradoxal qu'un acte ne puisse être incriminé en tant que corruption lorsqu'il a été accompli conformément au mandat donné ou au su et avec l'autorisation de l'employeur, il échet de noter que le mandataire ou l'employeur serait pénalement responsable en leur qualité de coauteur ou de complice. Reste le problème du mandat donné par le conseil d'administration. L'adoption d'un projet de loi sur la responsabilité pénale des personnes morales devrait permettre de sanctionner les agissements des personnes morales lorsque celles-ci se rendent coupables d'un acte de corruption. A noter encore que l'administrateur qui aurait posé avec l'aval du conseil d'administration un acte de corruption contraire à l'intérêt social ne serait pas à l'abri de toute sanction puisqu'il pourrait voir sa responsabilité civile engagée, voire il pourrait être poursuivi pour abus de biens sociaux.

1 Sénat, 1-107/5, p. 18-19, p. 68

2 Revue de droit commercial belge, éd. Kluwer, 2000, „La corruption privée“, pages 464 et ss.

3 ibidem

4 ibidem

3. AMENDEMENTS ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES

Suite au premier avis du Conseil d'Etat, la Commission juridique adopta une série d'amendements au texte du projet de loi initial dont le plus important concerne l'article 3 relatif à l'incrimination de la corruption au niveau du secteur privé.

Le Conseil d'Etat a, en effet, relevé dans son premier avis une série d'incertitudes à l'endroit de l'article 3, et plus particulièrement quant aux conditions d'application de la nouvelle incrimination.

Il a notamment critiqué l'utilisation des termes „sans droit“. D'après le texte gouvernemental, constituait un acte de corruption le fait de solliciter ou d'agréer des dons ou des avantages sans droit. Selon la Haute Corporation, ces termes, appliqués à la corruption privée, risquent „de rendre impossible une articulation avec l'exigence que l'acte doit avoir eu lieu à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ou de la personne physique ou morale pour laquelle le corrompu ou le corrupteur travaille“. L'utilisation de ces termes risque également d'avoir pour conséquence que les dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé se révèlent plus sévères que celles qui touchent le secteur public.

Le texte prévoyait également dans sa version originale une condition alternative. L'acte incriminé devait être accompli à l'insu et sans l'autorisation d'un certain nombre d'organes et/ou de personnes ou bien il devait être posé en violation d'obligations légales, de règles ou de directives professionnelles liées à la fonction en cause. Pour le Conseil d'Etat, cette condition alternative pose problème et l'articulation des conditions posées par le texte risque de se révéler en fin de compte inextricable.

La Commission a décidé de reprendre la définition de la corruption tant active que passive telle qu'elle figure à l'article 504*bis*, paragraphes 1er et 2 du Code pénal belge. La définition de la corruption telle qu'elle découle du texte amendé de l'article 3 sous rubrique ne se réfère plus aux termes „avantage indu“ ou „sans droit“. Il n'est plus renvoyé aux règles professionnelles ou déontologiques, alors qu'il est inconcevable que des sanctions pénales puissent s'appuyer sur de telles règles.

Deux articles ont été supprimés par décision de la Commission. Il s'agit des anciens articles 4 et 5.

Concernant l'ancien article 4, celui-ci établissait l'infraction de blanchiment également à l'encontre des infractions primaires de fraude aux intérêts financiers communautaires. Il reprenait la formulation de l'article 506-1, paragraphe (1) du Code pénal tel que proposé par le projet de loi 5165 sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, devenu la loi du 12 novembre 2004, tout en proposant d'insérer dans la liste des infractions primaires, au sixième tiret, un renvoi aux articles 310 et 310-1 nouveaux, et en remplaçant, compte tenu du projet de loi 5019 sur la confiscation, la référence à l'article 32, alinéa 1er, sous 1) du Code pénal par une référence à l'article 32, alinéa 1er, sous 1) du même Code.

Dans la mesure où l'article 506-1, tel qu'il est actuellement en vigueur, parle déjà, en termes généraux, en son point 1), pénultième tiret, „d'une infraction de corruption“, le terme de „corruption“ pouvant ainsi viser dans le contexte de cet article également la corruption privée, on peut en déduire que l'article 506-1 dans sa forme actuelle est déjà conforme aux conventions et protocoles qu'il s'agit d'approuver. Par ailleurs, comme il est d'ores et déjà acquis que le présent projet de loi sera voté avant le projet de loi 5019 sur la confiscation, il est exclu, comme l'a fait remarquer à juste titre le Conseil d'Etat, de changer la référence que fait l'article 506-1 dans sa forme actuelle, à l'article 32-1 du Code pénal.

La Commission est arrivée dès lors à la conclusion que l'article 506-1 du Code pénal peut être maintenu dans sa forme actuelle et qu'il y a partant lieu de supprimer purement et simplement l'article 4 du projet de loi.

A noter dans ce contexte que le Conseil d'Etat s'est rallié à la position de la Commission dans son avis complémentaire du 8 mars 2005.

Concernant l'ancien article 5, celui-ci modifiait la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, de façon à permettre le retrait, sur décision ministérielle, de l'autorisation d'exercer p.ex. une activité artisanale ou commerciale, à toute personne condamnée pénalement pour corruption.

Dans son avis du 23 novembre 2004, le Conseil d'Etat propose de supprimer cet article qu'il juge superflu, alors que l'article 2 de ladite loi dispose déjà que l'autorisation peut être révoquée pour les motifs qui en auraient justifié le refus. Une condamnation pour corruption figure parmi ces motifs.

La Commission a décidé de suivre le Conseil d'Etat et a supprimé l'article sous rubrique du projet de loi.

Concernant les autres modifications apportées au texte du projet de loi, il est renvoyé au commentaire des articles.

*

4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Intitulé

Suite à la suppression de l'ancien article 5 par décision de la Commission, l'intitulé du projet de loi a été modifié en ce sens qu'il ne se réfère plus à la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Article 1er

Cet article tend à faire approuver par la Chambre les conventions et protocoles visés sous les points a) à d) de l'intitulé du projet de loi.

Dans le contexte de l'examen de l'article 1er du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat a relevé un certain nombre de points, notamment la nécessité de légiférer en matière de sanctions à l'égard des personnes morales. Le deuxième Protocole à la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la Convention pénale sur la corruption obligent les Parties à prévoir des dispositions établissant une responsabilité pénale des personnes morales. Vu la complexité de la matière et alors qu'il ne semble pas opportun aux yeux des auteurs du projet de loi sous rubrique de limiter la question de la responsabilité pénale des personnes morales aux seules infractions couvertes par les deux instruments juridiques sus-mentionnés, il a été décidé de traiter cet aspect dans un projet de loi distinct. Ce projet est en voie d'élaboration.

Concernant l'article 26 de la Convention pénale à approuver, article qui traite de l'entraide judiciaire entre les différentes Parties à la Convention, le Conseil d'Etat s'est encore demandé si l'entraide judiciaire devrait être accordée même si la demande d'entraide n'émane pas d'une autorité judiciaire. D'après l'article 26 précité, l'entraide doit être accordée de la manière la plus large possible, à la demande des autorités compétentes de chaque Partie. Il est rappelé dans ce contexte qu'au Luxembourg, ce sera toujours la même autorité judiciaire qui appréciera la demande d'entraide, quand bien même la demande émane d'une autorité policière p. ex.

A noter encore que d'après l'article 26 prémentionné, le secret bancaire est expressément écarté comme cause de refus de l'entraide. Ledit article prévoit cependant que les Etats Parties ont la faculté d'exiger que la demande de coopération impliquant la levée du secret bancaire soit autorisée par un juge ou une autre autorité judiciaire, agissant en matière pénale. Il est rappelé qu'au Luxembourg, seul un juge peut autoriser la levée du secret bancaire.

Article 2

Les articles 4 et 6 du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, en érigeant en infraction pénale la corruption active et passive des arbitres et jurés étrangers et en exigeant de la part des Etats Parties d'adopter les mesures législatives qui s'imposent, obligent les Parties à modifier le cas échéant leurs dispositions pénales afin de les rendre conformes aux exigences des instruments juridiques concernés. La rédaction actuelle de l'article 252 du Code pénal ne permet pas d'en déduire sans l'ombre d'un doute qu'il s'applique également aux jurés, arbitres et experts étrangers. Par ailleurs, la transposition des articles 10 et 11 de la Convention, qui visent la corruption des membres d'assemblées parlementaires internationales respectivement des juges et agents de juridictions internationales, rend également nécessaires des modifications au niveau du Code pénal.

Les auteurs du projet de loi proposent de combler les lacunes de l'article 252 du Code pénal par rapport aux exigences de la Convention pénale sur la corruption en insérant un alinéa 2 nouveau au paragraphe (1) de l'article 252 précité avec pour effet d'élargir le champ d'application des articles 246 à 251 du Code pénal. Tombent ainsi sous le coup de ces dispositions les arbitres soumis à la réglementation sur l'arbitrage de tout autre Etat ou d'une organisation internationale publique, et les personnes qui siègent au sein d'une formation juridictionnelle, y compris les jurés étrangers. En outre, les

auteurs du projet de loi ont décidé de compléter le dernier tiret du paragraphe (1) de l'article 252 du Code pénal en y incluant les membres d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale publique et les personnes qui exercent des fonctions judiciaires ou de greffe au sein d'une juridiction internationale reconnue au Luxembourg, juridiction autre que la Cour de Justice des Communautés européennes.

Le Conseil d'Etat a proposé dans son avis du 23 novembre 2004 de compléter le quatrième tiret du nouveau paragraphe 1), à l'effet de préciser que cette extension des dispositions relatives à la corruption active et passive se „fait dans le plein respect des dispositions des statuts de ces Cours, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités“. D'après le Conseil d'Etat, il y aurait également lieu de prévoir une telle précision pour les membres des assemblées parlementaires d'organisations internationales publiques.

Approuvant l'idée de préciser le texte du projet de loi dans le sens préconisé par la Haute Corporation, la Commission a décidé de modifier comme suit la proposition de texte du Conseil d'Etat: „dans le plein respect des dispositions pertinentes des statuts de ces organisations internationales publiques, assemblées parlementaires d'organisations internationales publiques ou juridictions internationales, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités.“

Dans son avis complémentaire du 8 mars 2005, le Conseil d'Etat se rallie au texte tel qu'amendé.

Article 3

Cet article incrimine la corruption active et passive dans le secteur privé en insérant à cette fin au Code pénal un article 310 et un article 310-1 nouveaux.

Le texte de l'article sous rubrique a été amendé par la Commission parlementaire qui a repris la définition belge de la corruption privée. A noter que le texte belge définit la corruption privée active et passive sans cependant en déterminer les sanctions. Le texte amendé reprend ainsi en partie le texte initial, à savoir la partie relative aux sanctions prévues en cas de corruption.

Le Conseil d'Etat se rallie à l'approche de la Commission tout en renvoyant aux réserves suscitées par lesdites incriminations chez quelques auteurs belges, et dont il a fait état dans son premier avis du 23 novembre 2004. D'après le Conseil d'Etat, en effet, certains auteurs belges hésitent à approuver sans réserve les dispositions introduites dans le Code pénal belge par la loi du 10 février 1999. C'est surtout la question des traditionnels cadeaux de fin d'année ou de ceux qu'offrent habituellement certains fournisseurs qui pose problème.

D'après les travaux parlementaires belges⁵, les traditionnels cadeaux de fin d'année ne tombent en principe pas sous le coup de l'incrimination, alors qu'ils s'inscrivent dans le cadre de relations commerciales normales. Il en est cependant autrement si l'on parvient à démontrer que le don ou l'avantage a été déterminant dans la prise de décision par le bénéficiaire.

Article 4 nouveau (ancien article 6)

Cet article a trait à l'autorité centrale que chaque Partie doit désigner afin d'effectuer les échanges dans le cadre de la coopération internationale prévue par la Convention pénale sur la corruption. Les auteurs du projet de loi proposent de confier la fonction d'autorité centrale au sens de l'article 29 de la Convention précitée au procureur général d'Etat. A noter que ce dernier a été également désigné comme autorité centrale dans le cadre de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Le projet de loi prévoyait que le procureur général d'Etat exerce ses fonctions sans préjudice des compétences attribuées par la loi à d'autres autorités.

Dans son avis du 23 novembre 2004, le Conseil d'Etat estime, à propos de la désignation du procureur général d'Etat comme autorité centrale, qu'il est difficile de maintenir un parallélisme entre l'article 6 du présent projet de loi et l'article I de la loi du 15 janvier 2001 portant approbation de la Convention de l'Organisation de coopération et de développements économiques du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

La voie préconisée par les auteurs du projet de loi sous rubrique de désigner le procureur général d'Etat comme autorité centrale apparaît en définitive comme la seule voie praticable, aussi la Commission a-t-elle décidé de retenir le texte de l'article sous examen tel que proposé.

⁵ Rapport de la Commission de la Justice du Sénat, Doc. Parl., 1-107/5, 1997/1998, p.75, cité notamment dans la Revue de droit commercial belge susmentionnée.

Article 5 nouveau (ancien article 7)

Cet article autorise le Gouvernement à faire plusieurs déclarations au titre de différentes conventions.

A noter, en ce qui concerne les déclarations faites sous les points I, 1 et 2, ainsi que sous le point II, que celles-ci sont pratiquement identiques quant à leur contenu. Il s'agit d'aligner la détermination de la compétence des juridictions luxembourgeoises sur les règles actuellement retenues par le Code d'instruction criminelle luxembourgeois. La compétence des juridictions luxembourgeoises est déterminée en fonction de la nationalité luxembourgeoise de l'auteur de l'infraction de corruption.

Il est précisé que les juridictions luxembourgeoises ne seront pas compétentes si p. ex. un délit de corruption est commis à l'étranger par un fonctionnaire luxembourgeois n'ayant pas la nationalité luxembourgeoise et qu'il n'y ait aucun lien avec le Luxembourg. Il en sera de même dans l'hypothèse d'un délit de corruption commis à l'étranger par un fonctionnaire étranger d'une institution internationale dont le siège est établi au Luxembourg.

Un autre cas de figure pose cependant problème, à savoir celui du corrupteur, de nationalité luxembourgeoise, tombant sous la compétence des juridictions nationales, alors que ni le corrompu ni l'infraction ne présente aucun lien avec le Luxembourg. On peut se demander quelle est, dans cette hypothèse, la juridiction compétente notamment si l'infraction a été commise à l'étranger et que le corrupteur y soit arrêté. D'après le projet de loi sous rubrique, les juridictions luxembourgeoises seraient compétentes dans ce cas de figure.

Dans ce contexte, il échet de noter que l'article 9 de la Convention du 26 mai 1997 qui traite de la coopération au cas où une procédure relative à une infraction de corruption est ouverte dans au moins deux Etats membres, respectivement au cas où l'infraction de corruption relève de la compétence de plus d'un Etat membre et que n'importe lequel de ces Etats peut valablement engager des poursuites, prévoit que les Etats membres coopèrent afin de décider lequel d'entre eux exercera finalement les poursuites. L'objectif recherché est de centraliser les poursuites. D'après la Commission cette centralisation devra se faire au profit de la juridiction la mieux placée pour pouvoir juger les faits, c.-à-d. celle du lieu de l'infraction de corruption.

La Commission décide de maintenir l'article sous rubrique dans sa version initiale, sauf à y apporter un redressement purement rédactionnel consistant à insérer les termes „le Gouvernement du“ au niveau du point II qui se lit dès lors comme suit: „En application (...), le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que (...)“.

A noter encore que la déclaration faite par le Luxembourg sous le point I, 2 a pour effet d'accepter la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et donne à l'ensemble des juridictions nationales la possibilité d'adresser une question préjudicielle à ladite Cour de Justice dans le cadre de l'application de la Convention établie sur base de l'article K.3 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.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique unanime recommande à la Chambre d'adopter le projet de loi 5262 dans la teneur qui suit:

*

TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
 - b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
 - c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
 - d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;
- et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal**

Art. 1.– Sont approuvés:

- a. La Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
- b. le deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
- c. la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
- d. le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003.

Art. 2.– Le paragraphe 1) de l'article 252 du Code pénal est modifié comme suit:

- „1) Les dispositions des articles 246 à 251 du présent Code s'appliquent aussi aux infractions impliquant
- des personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat;
 - des personnes siégeant dans une formation juridictionnelle d'un autre Etat, même en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé de se prononcer sur l'issue d'un litige, ou exerçant une fonction d'arbitre soumis à la réglementation sur l'arbitrage d'un autre Etat ou d'une organisation internationale publique;
 - 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;
 - des fonctionnaires, agents d'une autre organisation internationale publique, des personnes membres d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale publique et des personnes qui exercent des fonctions judiciaires ou de greffe au sein d'une autre juridiction internationale dont la compétence est acceptée par le Grand-Duché de Luxembourg, dans le plein respect des dispositions pertinentes des statuts de ces organisations internationales publiques, assemblées parlementaires d'organisations internationales publiques ou juridictions internationales ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités.“

Art. 3.– Il est inséré au Code pénal un article 310 et un article 310-1, rédigés comme suit:

„**Art. 310.–** Est puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros, le fait par une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne

morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, de solliciter ou d'accepter, directement ou par interposition de personnes, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.“

„**Art. 310-1.**– Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de proposer, directement ou par interposition de personnes, à une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.“

Art. 4.– „Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que le procureur général d'Etat est désigné pour exercer au Grand-Duché de Luxembourg la fonction d'autorité centrale au sens de l'article 29 de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, sans préjudice des compétences attribuées par la loi à d'autres autorités. Le cas échéant, le procureur général d'Etat assurera la transmission de la demande à l'autorité compétente.“

Art. 5.– I. Au moment de la notification visée à l'article 13, paragraphe 2 de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement est autorisé à faire les déclarations suivantes:

1. „En application de l'article 7, paragraphe 2. de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que, sauf les cas couverts par le point a) de l'article 7, paragraphe 1. de la même Convention il n'appliquera les règles de compétence visées aux points b), c) et d) du même article 7, paragraphe 1. qu'à la condition que l'auteur de l'infraction ait la nationalité luxembourgeoise.“
2. „En application de l'article 12, paragraphe 4. de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare qu'il accepte la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes selon les modalités prévues à l'article 12, paragraphe 3 de la même Convention.“

II. Au moment de la ratification de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, le Gouvernement est autorisé à faire la déclaration suivante:

„En application de l'article 17, paragraphe 2 de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare que, sauf les cas couverts par le point a de l'article 17, paragraphe 1 de cette même Convention, il n'appliquera les règles de compétence visées aux points b et c du même article 17, paragraphe 1 qu'à la condition que l'auteur de l'infraction ait la nationalité luxembourgeoise.“

Luxembourg, le 23 mars 2005

La Rapportrice,
Christine DOERNER

Le Président,
Patrick SANTER

Remarque: Pour le texte des instruments internationaux à approuver par le présent projet de loi il y a lieu de se référer au doc. parl. 5262.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5262/07

N° 5262⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
 - b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
 - c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
 - d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;
- et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(3.5.2005)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 20 avril 2005 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;
 - b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;
 - c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;
 - d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;
- et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 19 avril 2005 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 23 novembre 2004 et 8 mars 2005;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 3 mai 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

5262

MEMORIAL

**Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg**

**MEMORIAL**

**Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxemburg**

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 74**9 juin 2005****S o m m a i r e**

Loi du 23 mai 2005 portant approbation:

- a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 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, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997;**
- b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997;**
- c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999;**
- d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003;**

et modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal. page 1176