

**N° 5262<sup>1</sup>****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*<sup>2</sup>) „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*<sup>4</sup>), 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*<sup>2</sup>). 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. 4400<sup>7</sup>*). 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. 4400<sup>2</sup>*), 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<sup>2</sup>*). 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

