

ALLEMAGNE

EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

La République fédérale d'Allemagne a signé la Convention le 17 décembre 1997 et l'a transposée dans sa législation nationale en adoptant la « Loi sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » (*Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr - IntBestG*) du 10 septembre 1998 (Journal officiel de la RFA [*Bundesgesetzblatt*] IIème Partie, p. 2327, Annexe 1). Cette loi est entrée en vigueur le 15 février 1999 (date d'entrée en vigueur de la Convention). Les autorités allemandes ont estimé qu'aucune autre législation d'application n'était nécessaire. L'Allemagne a déposé son instrument de ratification le 10 novembre 1998.

La Convention dans son ensemble

En droit allemand, les infractions pénales sont prévues et réprimées par différents textes de lois. La pièce maîtresse de la législation est le Code pénal (*Strafgesetzbuch*), mais d'autres lois peuvent prévoir et sanctionner des infractions pénales. La Loi sur la lutte contre la corruption internationale fait partie de cette législation supplémentaire.

Outre le droit pénal, la législation allemande institue des infractions administratives. Il s'agit de violations de la loi qui ne sont pas considérées comme revêtant une qualification pénale, bien qu'elles enfreignent ou mettent en danger certaines valeurs juridiques protégées par la loi. La législation la plus importante en la matière est la Loi sur les infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*). Elle contient, entre autres, des dispositions de principe sur la responsabilité des personnes morales. Les infractions à la réglementation administrative sont sanctionnées par des amendes non pénales. Les peines d'amende peuvent en outre s'accompagner de mesures accessoires, et notamment de la confiscation de certains objets.

La corruption d'agents publics nationaux est passible, en Allemagne, des peines prévues par les sections 334 à 338 du Code pénal. L'Allemagne a adopté la Loi sur la lutte contre la corruption internationale (« LLCI ») afin de mettre la Convention en application. L'approche générale de cette Loi est d'instituer une égalité de traitement, dans les affaires de corruption d'agents publics nationaux, d'agents publics étrangers et de parlementaires. Avant l'adoption de la nouvelle législation, seule la corruption d'agents publics et de parlementaires nationaux était passible de sanctions pénales. Les autorités allemandes affirment que la LLCI institue une égalité de traitement entre les cas de corruption d'agents publics étrangers et d'agents publics nationaux dans l'application de la législation allemande actuelle en matière d'infractions de corruption.

L'article 2 section 2 de la LLCI crée une infraction séparée pour la corruption de Membres de Parlements étrangers et de membres d'assemblées parlementaires d'organisations internationales.

Aucune autre législation d'application n'a été nécessaire, car les autres dispositions de la Convention sont déjà couverts par les lois existantes en Allemagne.

1. ARTICLE 1. L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

1.1. Eléments de l'infraction

1.1.1. Toute personne

Selon le droit allemand en vigueur, seule une personne physique peut être passible de sanctions pénales, y compris toute personne physique n'ayant pas la qualité de ressortissant allemand, qui commet l'infraction sur le territoire allemand.

1.1.2. Le fait intentionnel

La loi allemande subordonne la qualification d'infraction de corruption, tant à l'égard des agents publics nationaux qu'étrangers, à l'existence d'un acte intentionnel (section 15 du Code pénal). L'attitude de l'auteur de l'infraction doit révéler qu'il a connaissance de tous les éléments légaux de l'infraction, et les souhaite ou à tout le moins les accepte.

1.1.3. D'offrir, de promettre ou d'octroyer

Tant la section 334 du Code pénal que l'article 2 section 2 de la LLCI qualifient d'infraction le fait d' « offrir », « promettre » ou « octroyer » un pot-de-vin.

1.1.4. Un avantage indu pécuniaire ou autre

La section 334 du Code pénal et la LLCI couvrent tous les avantages matériels et non matériels auxquels les agents publics n'ont pas légalement droit et qui améliorent leur situation, en termes économiques, juridiques, voire même simplement personnels. En outre, l'Allemagne explique que la règle « *de minimis* » est généralement inapplicable en vertu de la section 334 du Code pénal, puisque lorsque existe la violation d'une obligation, il ne peut plus y avoir d'exception pour les cadeaux de faible valeur. Il n'existe aucune jurisprudence sur la question.

1.1.5. Directement ou par des intermédiaires

En vertu de la section 25 du Code pénal allemand, quiconque commet l'infraction lui-même, ou par l'intermédiaire d'une autre personne, est passible de sanctions en tant qu'auteur de l'infraction.

1.1.6. A un agent public étranger

Agents publics nationaux

Selon la loi allemande, sont des « agents publics » les fonctionnaires, les magistrats, et les personnes exerçant toutes autres compétences officielles relevant du droit public, ou ont été autrement nommées pour remplir des fonctions d'administration publique au sein d'une autorité ou de tout autre organisme public ou pour son compte, indépendamment de la forme d'organisation choisie pour exercer les fonctions [paragraphe 11(1)2 du Code pénal].

Agents publics étrangers

L'article 2 section 1 de la LLCI définit de manière plus détaillée l' « agent public étranger » auquel la loi allemande accorde un traitement « égal » à celui des agents publics allemands :

1. magistrat d'un Etat étranger ou siégeant auprès d'un tribunal international ;
2. a) agent public d'un Etat étranger ou
b) personne chargée d'exercer une fonction publique au sein ou pour le compte d'une autorité d'un Etat étranger, ou pour le compte d'une entreprise publique ayant son siège à l'étranger, ou investie d'autres fonctions publiques pour le compte d'un Etat étranger ; ou
c) agent public ou autre membre du personnel d'une organisation internationale ou personne investie de l'exercice de ces fonctions ;
3. militaire d'un Etat étranger ou militaire investi de l'exercice de fonctions d'une organisation internationale.

L'Allemagne explique que la LLCI donne une définition de l'agent public étranger plus large, à certains égards, que celle de l'agent public national. En effet, les autorités allemandes ne peuvent pas poser en postulat que les exigences nationales relatives à la nomination des fonctionnaires publics s'appliquent également à l'étranger, et c'est pourquoi l'article 2 section 1 se contente d'exiger au minimum que ces agents soient chargés d'exercer des fonctions publiques pour un État étranger. L'Allemagne ajoute que cette définition couvre un agent d'une ONG appliquant un programme financé par une organisation internationale, s'il est investi de l'exercice de fonctions d'une organisation internationale (publique).

En ce qui concerne la référence à « une entreprise publique ayant son siège à l'étranger » (paragraphe 2(b)), l'Allemagne précise qu'une personne exerçant des fonctions publiques pour une entreprise publique étrangère ayant son siège en Allemagne serait également couverte par la clause générale figurant à la fin du paragraphe 2(b). L'Allemagne ajoute que cette clause générale couvre toute personne investie d'une fonction publique, y compris une personne privée.

Membres de Parlements étrangers

En droit allemand, les parlementaires ne sont pas considérés comme des agents publics. La corruption d'un parlementaire est donc couverte par une disposition séparée, qui prohibe uniquement l'achat ou la vente de voix en vue d'une élection à un Parlement allemand ou au Parlement européen [section 108e du Code pénal]. Les parlementaires étrangers et les membres d'assemblées parlementaires d'institutions internationales sont donc couverts par un article séparé, de portée plus large que celui qui s'applique aux parlementaires allemands [article 2 section 2 de la LLCI]. Dans certains cas, les deux dispositions s'appliqueront à la corruption de membres du Parlement européen.

Enfin, le terme « Etat » couvre, en droit allemand, tous les niveaux et sous-niveaux de l'activité étatique.

1.1.7. A son profit ou au profit d'un tiers

Aux termes de la section 334 du Code pénal et de l'article 2 section 2 de la LLCI, le bénéficiaire du pot-de-vin peut être soit un agent public, soit un parlementaire soit un tiers.

1.1.8. Pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles

La section 334 du Code pénal s'applique à l'accomplissement d'un « acte officiel » tel que l'agent public « a violé ou violerait ses obligations officielles ». L'Allemagne explique que les tribunaux interprètent le concept d'« acte officiel » dans un sens large, et exigent traditionnellement que cet acte n'ait pas seulement, par sa nature, un lien éloigné avec les fonctions de l'agent public et/ou l'exercice de ses fonctions. En outre, les tribunaux tiendront compte, dans l'interprétation de l'article 2 section 2 de la LLCI, des explications données dans le Projet du gouvernement, qui inclut les Commentaires de la Convention. Par ailleurs, les sous-sections 334(1) et (3) exigent qu'il y ait eu tentative de violation d'« obligations officielles » ou tentative d'influencer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Conformément au

paragraphe 334(3)1, il suffit que le corrupteur ait tenté de provoquer la violation d'une obligation à propos d'un acte officiel futur. Ainsi, la violation est déjà commise si la décision est influencée par le pot-de-vin, quand bien même le résultat lui-même n'encourrait aucune objection sur le plan légal.

En ce qui concerne la corruption de parlementaires étrangers, l'article 2 section 2 de la LLCI ne vise pas le concept de violation d'obligations officielles, puisque ces obligations sont difficiles à définir dans le cadre de la fonction parlementaire.

En ce qui concerne les agents publics et les magistrats, la section 336 du Code pénal dispose explicitement que l'omission d'un acte public équivaut à la commission de l'infraction. Le même principe s'applique aux membres de parlements étrangers (section 2 de la LLCI).

1.1.9. En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu

La Convention prohibe l'octroi de pots-de-vin à des agents publics étrangers, non seulement en vue d'« obtenir ou conserver un marché », mais également en vue d'obtenir « un autre avantage indu ».

La traduction anglaise de la Loi allemande (LLCI) emploie le terme d'avantage « *unfair* » (déloyal ou injuste), qui est, selon les autorités, une traduction inexacte du mot allemand « *unbillig* » qui veut dire « *improper* » (indu).

1.1.10. Dans le commerce international

La LLCI emploie l'expression « transactions commerciales internationales ». Les autorités allemandes ont souligné que l'expression « transactions commerciales » figure également dans la loi allemande sur la concurrence déloyale¹, où elle fait l'objet d'une interprétation large (la plupart du temps dans le cadre d'actions civiles). Les travaux préparatoires de la LLCI révèlent clairement qu'une interprétation aussi large doit être donnée aux transactions commerciales internationales visées par la LLCI. En outre, il est évident que le commerce international implique nécessairement des transactions commerciales.

1.2. Complicité

L'article 1(2) de la Convention demande aux Parties de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation.

Le droit pénal allemand contient des dispositions générales réprimant la participation à une infraction pénale. Elles se rapportent en particulier à la participation conjointe conformément à la sous-section 25(2) du Code pénal, à l'instigation conformément à la section 26 du Code pénal, et à l'assistance conformément à la section 27 du Code pénal. La participation à la corruption d'un agent public étranger est couverte par ces dispositions générales.

L'Allemagne précise que le concept d'« assistance » au sens de la section 27 du Code pénal est interprété dans un sens très large, et inclut le concept d'aide à la commission de l'infraction pénale, dans le sens d'« encouragement ». Elle précise en outre qu'en fonction des circonstances, la section 26 sur l'« instigation » ou la section 27 sur l'« assistance » couvre le concept d'autorisation.

¹ *Gesetz über den unlauteren Wettbewerb.*

1.3. Tentative et Complot

Selon la Convention, la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger doit constituer une infraction pénale, dans la mesure où la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constitue une telle infraction.

La tentative de corruption d'un agent public national ou étranger en vue d'une violation de ses obligations n'est pas passible de sanctions pénales en vertu de la sous-section 334(3) du Code pénal ; la tentative de corruption d'un juge en vue d'une violation de ses obligations est passible de sanctions pénales en vertu de la sous-section 334(2) du Code pénal ; enfin, la tentative de corruption d'un membre du Parlement est passible de sanctions pénales en vertu de l'article 2 sous-section 2(2) de la LLCI. L'Allemagne explique qu'en conformité avec les exigences posées par la Convention à cet égard, les dispositions existantes réprimant la tentative de corruption d'agents publics nationaux ont été étendues aux agents publics étrangers. En revanche, les tentatives qui ne sont pas passibles de sanctions pénales lorsqu'elles concernent des agents publics nationaux, ne le sont pas devenues lorsqu'elles concernent des agents publics étrangers. Cependant, l'Allemagne souligne que la formulation d'une offre ou d'une promesse constitue un élément de l'infraction pénale.

Selon les autorités allemandes, le complot en vue de corrompre n'est pas passible de sanctions pénales en droit allemand. La disposition du Code pénal consacrée au complot [sous-section 30(2)] s'applique uniquement aux « infractions pénales majeures » [définies à la sous-section 12(1) du Code pénal], qui n'incluent pas les infractions de corruption active.

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES

L'article 2 de la Convention demande à chaque Partie de « prendre les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ».

Le système juridique allemand n'établit pas la responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, les personnes morales peuvent être tenues pour responsables en vertu de la Loi allemande sur les infractions administratives, qui prévoit des amendes non pénales. Les autorités allemandes ajoutent qu'elles examinent actuellement la possibilité d'introduire le concept de responsabilité pénale des personnes morales, et qu'une commission a été créée pour étudier la question.

En vertu de la section 30 de la Loi allemande sur les infractions administratives, les personnes morales (et les associations ou sociétés de personnes non dotées de la personnalité morale) peuvent être condamnées à des peines d'amende si « une personne » a commis une infraction pénale ou administrative au moyen de laquelle des obligations incombant à cette personne morale ou association ont été violées, ou la personne morale ou l'association a obtenu, ou était supposée obtenir, un avantage.

La « personne » ayant commis l'infraction doit être l'organe autorisé d'une personne morale, un membre de cet organe, ou un représentant pleinement autorisé de cette personne morale, ou elle doit avoir agi dans une position dirigeante, en tant que fondé de pouvoir ou de mandataire général de cette personne morale. Dans le cas d'une association non dotée de la personnalité morale, cette personne doit être membre du conseil de l'association. Dans le cas d'une société de personnes, cette personne doit être un associé autorisé à représenter la société.

En outre, les autorités allemandes expliquent que dans le cas où une personne n'occupant pas une position dirigeante commettrait une infraction de corruption, la personne morale en sera néanmoins responsable, en

vertu de la section 130 et de la section 9 de la Loi allemande sur les infractions administratives² si elle s'est abstenue « volontairement ou par négligence » de prendre « les mesures de surveillance requises afin d'empêcher » cet acte.

Dans la mesure où ces entités relèvent du droit privé, la question de savoir si elles sont à capitaux privés, à capitaux publics ou contrôlées par l'Etat ne se pose pas. Cependant, il peut exister des personnes morales qui relèvent du droit public. Un débat s'est engagé sur la question de savoir si, dans ce cas, la section 30 de la Loi allemande sur les Infractions Administratives s'appliquerait également. Les autorités allemandes rapportent que la doctrine dominante penche en faveur de cette application, soutenue en cela par la jurisprudence.

En vertu de la sous-section 30(4) de la Loi allemande sur les infractions administratives, la personne morale concernée peut se voir infliger une peine d'amende séparée, si l'auteur de l'infraction n'a pas fait l'objet d'une procédure pénale ou administrative, si cette procédure a été interrompue ou si elle n'a abouti à aucune sanction. « Toutefois, la personne morale ou l'association concernée ne peut pas être condamnée à une amende séparée si l'infraction pénale ou administrative ne peut pas être poursuivie pour des raisons légales ». L'Allemagne indique que ces « raisons légales » désignent des obstacles interdisant la mise en œuvre de poursuites, et l'expiration du délai légal de prescription en constitue le principal exemple.

Une question a été posée à propos de la responsabilité d'une entreprise allemande au titre d'un acte de corruption commis par un agent étranger à l'étranger. L'Allemagne répond qu'en pareil cas, l'entreprise pourrait être condamnée à une peine d'amende au titre de l'acte de corruption commis à l'étranger, si l'auteur de l'infraction peut être trouvé en Allemagne (la procédure par contumace n'existe pas en Allemagne), et si son extradition n'est pas demandée, est refusée ou ne peut pas être exécutée.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention exige des Parties qu'elles établissent des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables aux sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question. Si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales (par exemple, les sociétés de capitaux), la Convention exige que cette Partie fasse en sorte que les personnes morales soient « passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires. » La Convention impose également que l'éventail des sanctions applicables inclue, dans le cas des personnes physiques, des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre l'entraide judiciaire et l'extradition. La Convention exige en toute hypothèse que chaque Partie prenne les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation, ou que des sanctions pécuniaires d'« un effet comparable » soient prévues. Enfin, la Convention exige que chaque Partie envisage l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

3.1. Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux

La sous-section 334(1) du Code pénal allemand prévoit une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans en cas de corruption d'agents publics nationaux, de personnes investies d'une fonction spéciale de service public, et de militaires des Forces armées fédérales. Les cas moins graves sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans ou une amende (de 5 à 360 jours-amende de 2 à 10 000 DM, la section 40 du Code pénal). En cas de corruption de juges impliquant de futurs actes

² L'article 9 de la Loi allemande sur les infractions administratives étend la responsabilité découlant de l'article 130 (l'article 130 couvre uniquement le propriétaire de la firme ou de l'entreprise) à toutes les personnes auxquelles cette obligation de surveillance peut être déléguée.

judiciaires, la peine minimum a été portée à six mois. Si l'auteur de l'infraction agit comme membre d'une association de malfaiteurs formée en vue de la commission récurrente de ces infractions, la peine d'emprisonnement est fixée à deux ans au moins et peut se doubler d'une amende pénale au sens de la section 43a du Code pénal (section 338 du Code pénal).

Dans les cas particulièrement graves de corruption, la section 335 du Code pénal prévoit une peine d'emprisonnement de un à dix ans. En vertu de la sous-section 335(2), il convient de « présumer l'existence » d'un cas particulièrement grave si l'infraction porte sur un avantage de grande envergure, ou encore en présence d'actes récurrents, ou enfin si l'auteur agit commercialement ou comme membre d'une association de malfaiteurs réunis en vue de la commission récurrente de l'infraction. L'Allemagne explique qu'en vertu d'une tradition juridique née au cours du siècle, il est d'usage de donner plus d'indications aux juges pour les guider, lorsqu'il s'agit de condamnations à de lourdes peines d'emprisonnement. Elle souligne que les règles posées par la section 335 entendent uniquement servir de guide, sans préjudice des arguments pouvant être opposés par la défense.

En ce qui concerne la corruption de parlementaires allemands, la section 108e du Code pénal prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. La peine minimale devrait être un mois d'emprisonnement en vertu de la sous-section 38(2) du Code pénal, ou une amende (de 5 à 360 jours-amende, section 40 du Code pénal). Comme on l'a vu, ces dispositions couvrent uniquement l'achat ou la vente de voix lors des élections ou scrutins divers.

3.2. Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics étrangers

La corruption d'agents publics étrangers est réprimée par les mêmes sanctions pénales que la corruption d'agents publics nationaux. Ainsi, conformément à l'article 2 section 1 de la LLCI, les sanctions prévues par les sections 334, 335 et 338 du Code pénal s'appliquent également à la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. En ce qui concerne la corruption de Membres de Parlements étrangers, l'article 2 section 1 de la LLCI prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans (avec un minimum d'un mois, conformément à la sous-section 38(2) du Code pénal), ou une peine d'amende (de 5 à 360 jours-amende, sous-section 40(1) du Code pénal).

En droit allemand, ces sanctions pénales ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes physiques. Pour leur part, les personnes morales sont passibles de peines d'amende conformément à la section 30 de la Loi allemande sur les infractions administratives (voir § 2 supra et § 3.5. infra, sur le montant de ces amendes).

Nationaux		Etrangers	
Agent Public	Membre du Parlement (Achat ou vente de voix)	Agent Public	Membre du Parlement
<i>Emprisonnement</i> 3 mois à 5 ans (Art.334(1))	<i>Emprisonnement</i> 1 mois à 5 ans ou <i>Amende</i> De 5 à 360 jours- amende complets (Art. 108e(1))	<i>Emprisonnement</i> 3 mois à 5 ans (Art. 334(1))	<i>Emprisonnement</i> 1 mois à 5 ans ou <i>Amende</i> 5 à 360 jours- amende complets (Art. 2 Al. 1 LLCI)
<u>Cas moins graves</u> <i>Emprisonnement</i> jusqu'à 2 ans et amende (Art. 334(1))	<i>Amende</i> De 1 à 360 jours- amende complets	<u>Cas moins graves</u> <i>Emprisonnement</i> jusqu'à 2 ans et amende (Art. 334(1))	
<u>Cas de corruption particulièrement graves</u> <i>Emprisonnement</i> 1 à 10 ans (Art. 335)		<u>Cas de corruption particulièrement graves</u> <i>Emprisonnement</i> 1 à 10 ans (Art. 335)	

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

Dans le cadre du système juridique allemand, l'entraide judiciaire est fournie à la fois en vertu des conventions internationales en vigueur et du droit national, conformément à la Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale³.

L'entraide conventionnelle est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (20 avril 1959), qui a été ratifiée par 32 pays (fin 1998), et par la Convention d'application des accords de Schengen (19 juin 1990). En outre, l'Allemagne a conclu des accords bilatéraux en matière d'entraide judiciaire.

En vertu de ces conventions, la fourniture d'une entraide judiciaire n'est *pas* subordonnée à la condition que l'infraction en question soit passible d'une peine privative de liberté. Conformément à l'article 1 section 1 de la Convention européenne précitée, les Parties Contractantes s'engagent à « s'accorder mutuellement, l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante ». L'article 49(a) de la Convention d'application des accords de Schengen couvre également les infractions administratives, sous réserve que des voies de recours puissent être exercées devant une juridiction pénale.

³ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen du 23 décembre 1982.

L'Allemagne ajoute que l'entraide judiciaire fondée sur des conventions bilatérales ne diffère pas, en substance, de celle qui découle de la Convention de 1959 et en garantit également l'application effective dans les affaires de corruption.

En ce qui concerne l'entraide judiciaire non conventionnelle, la sous-section 59(3) de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire en matière pénale autorise la fourniture de cette entraide judiciaire si les tribunaux allemands peuvent se fournir mutuellement une assistance administrative dans des affaires similaires. Comme l'entraide judiciaire conventionnelle, l'entraide judiciaire non conventionnelle n'est donc pas subordonnée à la condition de savoir si l'infraction en question peut être punie d'une peine privative de liberté.

3.4 Sanctions pénales et extradition

En ce qui concerne l'extradition conventionnelle, l'article 2 §1 de la Convention européenne d'extradition (13 décembre 1957), ratifiée par 36 pays (fin 1998) dispose que les infractions pouvant donner lieu à extradition sont toutes infractions « punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère ». En d'autres termes, l'infraction peut toujours donner lieu à extradition si elle est passible d'une peine privative de liberté dont le maximum est fixé par la loi à un an au moins. Selon les autorités allemandes, la même définition des infractions donnant lieu à extradition s'applique, en principe, aux conventions bilatérales d'extradition.

La situation en matière d'extradition fondée sur une convention bilatérale est la même qu'en matière d'entraide judiciaire fondée sur une convention bilatérale (voir les développements consacrés à cette question au § 3.3. ci-dessus).

En ce qui concerne l'extradition non conventionnelle, la sous-section 3(2) de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire en matière pénale définit l'infraction pouvant donner lieu à extradition comme tout acte passible de sanctions pénales pouvant être réprimé, en vertu de la loi allemande, par une peine d'emprisonnement dont la durée maximale est d'au moins un an.

3.5 Sanctions non pénales applicables aux personnes morales pour la corruption d'agents publics étrangers

Conformément à la section 30 de la Loi allemande sur les infractions administratives, les personnes morales peuvent se voir infliger une peine d'amende. Si l'infraction pénale commise par la personne engageant la responsabilité de la personne morale est intentionnelle, comme cela est le cas de la corruption d'un agent public national ou étranger, l'amende peut atteindre 1 million de DM ; en revanche, si l'infraction procède d'une simple négligence, elle peut atteindre 500 000 DM.

Si l'auteur de l'infraction est condamné à une amende et si l'avantage économique qu'il a tiré de l'infraction excède le montant maximum de l'amende infligée au titre de cette infraction, conformément à la sous-section 17(4) de la Loi allemande sur les infractions administratives, ce montant maximum pourra être dépassé afin d'annuler cet avantage. Si aucune amende n'est infligée, la section 29a de la Loi allemande sur les infractions administrative permet d'ordonner la « confiscation d'une somme d'argent pouvant aller jusqu'au montant qui a été gagné [du fait de l'infraction] ». L'Allemagne explique en outre que les tribunaux interprètent le concept d'« avantage économique » dans un sens large, qui inclurait même l'amélioration de la position sur le marché.

Les peines d'amendes administratives maximales diffèrent selon les lois spécifiques applicables. L'amende maximale s'élève à 3 000 000 DM (Loi sur les opérations de Bourse (*Wertpapierhandelsgesetz*)).

L'amende maximale en cas de violation d'une obligation de surveillance ayant entraîné la commission d'une infraction pénale par un subordonné s'élève à 1 000 000 DM (et peut être encore plus élevée dans certains cas exceptionnels).

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

La loi allemande opère une distinction entre la saisie (sections 73 et suivantes du Code pénal), et la confiscation (sections 74 et suivantes du Code pénal). La saisie s'applique à ce que l'auteur de l'infraction ou son complice a gagné pour commettre l'infraction ou a tiré de la commission de cette infraction, tandis que la confiscation s'applique aux « *producta et instrumenta sceleris* » (produits et instruments de l'infraction).

Si la personne a déjà reçu le pot-de-vin, celui-ci est passible de saisie en application de la section 73 du Code pénal. Selon les autorités allemandes, la saisie n'est possible qu'à condition que la personne recevant le pot-de-vin soit soumise à la compétence des tribunaux allemands et qu'une procédure puisse également être engagée en Allemagne.

Si le pot-de-vin se trouve toujours en possession de la personne qui l'offre et contre laquelle une procédure pénale est intentée en Allemagne, ce pot-de-vin est passible de confiscation, en application des sections 74 et suivantes du Code pénal. Tel sera le cas si le pot-de-vin n'a pas été remis ou a été refusé par la personne qui devait être corrompue.

Selon les autorités allemandes, les *produits* de la corruption d'un agent public étranger sont passibles de saisie, sous réserve qu'il existe un lien direct entre l'acte de corruption et les produits. Conformément à la sous-section 73(2) deuxième phrase, ou à la section 73a du Code pénal, des *actifs* dont la valeur correspond à celle des produits de la corruption peuvent également être saisis, à condition que la saisie des produits effectifs ait été licite, mais se soit en fait avérée impossible. A cet égard, « produits » vise « toute chose » que l'auteur de l'infraction ou son complice a gagné « pour » avoir commis l'infraction, ou « du fait de » sa commission, et inclut tous biens et droits mobiliers et immobiliers. Si la saisie d'un bien particulier est impossible, « le tribunal ordonnera la saisie d'une somme d'argent de valeur équivalente » (section 73a).

3.7 Sanctions complémentaires civiles et administratives

A l'heure actuelle, le droit allemand ne prévoit aucune « sanction civile » spécifique contre les personnes frappées de sanctions pénales pour corruption d'agents publics étrangers. Toutefois, l'Allemagne attire l'attention sur la section 826 du Code civil allemand, qui prévoit la condamnation à des dommages-intérêts de toute personne qui cause intentionnellement un dommage à autrui, d'une manière contraire à la "publique morale", et elle ajoute que la section 826 devrait s'appliquer à la corruption intentionnelle d'agents publics étrangers. Elle évoque également la possibilité d'appliquer la sous-section 823(2) du Code civil, qui prévoit une indemnisation lorsqu'une personne viole une loi destinée à protéger autrui (par ex. l'article 2 de la LCCI).

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

La section 3 du Code pénal dispose que le droit pénal allemand s'applique aux infractions pénales commises sur le territoire national. Le lieu de commission de l'infraction peut être n'importe quel lieu où l'auteur de l'infraction ou son complice a agi, ou, s'il s'agit d'une infraction par omission, aurait dû agir. Le lieu de commission peut également être le lieu où l'infraction a produit l'une de ses conséquences, ou celui où elle aurait dû produire une conséquence (section 9 du Code pénal).

4.2 Compétence fondée sur la nationalité

L'article 2.3. de la LLCI permet de poursuivre les ressortissants allemands pour corruption d'agents publics étrangers, indépendamment de la loi du lieu de commission. Cette disposition est plus large que le paragraphe 7(2)(1) du Code pénal, qui limite la compétence extraterritoriale aux infractions commises par un Allemand, en la subordonnant à la condition que l'acte soit une infraction pénale au lieu où il a été commis, ou que ce lieu échappe à toute juridiction pénale.

En outre, le paragraphe 7(2)(2) du Code pénal permet de poursuivre un étranger pour une infraction commise à l'étranger, si l'acte est une infraction pénale au lieu où il a été commis, ou si ce lieu échappe à toute juridiction pénale, et si l'intéressé n'est pas extradé, au motif que l'extradition n'a pas été demandée, a été refusée ou ne peut pas être exécutée.

L'Allemagne ajoute que l'article 2.3. de la LLCI n'étend pas la compétence extraterritoriale à l'infraction de corruption d'un agent public étranger, si elle est commise à l'étranger par un non-ressortissant ayant la qualité de résident permanent en Allemagne.

4.3 Procédures de consultation

Les autorités allemandes estiment que l'article 21 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale permet à un Etat de demander à une autre Partie Contractante d'exercer des poursuites pénales. Bien que le texte de l'article 21 ne traite que de la transmission d'informations, le « Rapport explicatif » de la Convention indique que « cette disposition permet à toute Partie Contractante de demander à une autre Partie d'engager des poursuites à l'encontre d'une personne ». En outre, les autorités allemandes considèrent qu'« à d'autres égards », il est en principe possible d'inciter un autre Etat à exercer des poursuites pénales au moyen de consultations diplomatiques, ou de déposer une demande d'extradition. Il n'existe aucune disposition codifiée à ce propos.

4.4 Efficacité de la compétence

Selon les autorités allemandes, la LLCI récemment promulguée confère un fondement de compétence suffisamment efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers.

5 ARTICLE 5. MISE EN OEUVRE

L'article 5 de la Convention requiert des Parties que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient « soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie ». Il exige aussi que chaque Partie garantisse que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes qui s'appliquent aux enquêtes et poursuites

Le droit allemand ne contient aucune disposition légale spéciale relative à la procédure d'enquête en matière de corruption. Le principe de la mise en mouvement obligatoire de l'action publique s'applique en cas de suspicion de commission d'infractions de corruption, comme en cas de suspicion d'autres infractions. En d'autres termes, le ministère public est obligé, dès qu'il existe une suspicion d'infraction pénale, d'ouvrir une enquête sur les faits de la cause, à l'issue de laquelle il décidera de l'opportunité de poursuivre⁴.

⁴ Sous-section 160(1) du Code de Procédure pénale.

Sauf disposition contraire de la loi, le ministère public est en principe obligé d'intervenir dès qu'il existe des preuves suffisantes de la commission d'infractions pénales passibles de poursuites⁵. Il peut se livrer à tous types d'enquêtes et il inculpera et renverra l'accusé devant le tribunal compétent, s'il existe des preuves suffisantes de sa culpabilité⁶. Dans le cas contraire, les poursuites seront abandonnées et l'accusé en sera informé⁷.

Le principe de la mise en mouvement obligatoire de l'action publique et l'obligation d'inculper en présence d'une suspicion suffisante, sont néanmoins limités dans certains cas. Ainsi, le ministère public a la faculté discrétionnaire de ne pas poursuivre en cas d'infractions mineures.⁸

En outre, le ministère public peut s'abstenir de poursuivre des infractions pénales, notamment si elles ont été commises hors du champ territorial d'application du Code de procédure pénale allemand (c'est-à-dire si le lieu de commission de l'infraction et le lieu où elle produit ses conséquences ne sont pas situés dans le territoire national)⁹. Si les actes constitutifs de l'infraction sont commis à l'étranger, mais si les conséquences de l'infraction se réalisent sur le territoire national, le ministère public peut également renoncer à poursuivre si ces poursuites risquent d'entraîner un sérieux désavantage pour la République fédérale d'Allemagne, ou de léser d'autres intérêts publics importants¹⁰. Il est donc possible que - pour l'application de la section 153c du code de procédure pénale - le ministère public ne puisse apprécier que cas par cas, en fonction des circonstances concrètes de l'affaire, la question de savoir si une infraction commise à l'étranger et présentant des liens territoriaux avec l'Allemagne est une infraction purement nationale, dite « infraction à distance » [sous-section 153c(2)], ou si elle est une infraction commise hors du territoire allemand.

De plus, étant donné que la Convention a été intégrée au droit national allemand, l'Allemagne explique que les concepts de « danger d'un sérieux désavantage pour la République fédérale d'Allemagne » et d'« autres intérêts publics » ne comprennent pas les considérations visées à l'article 5 de la Convention. En effet, et conformément à la sous-section 153c du Code de Procédure pénale, l'arrêt des poursuites n'est possible que dans certaines circonstances exceptionnelles étroitement définies, dans lesquelles un « risque (danger) d'inconvénient grave pour l'Allemagne » ou « des intérêts publics primordiaux » s'opposent au maintien des poursuites. Ces possibilités visent essentiellement les infractions impliquant des intérêts de sécurité nationale.

Si les magistrats du parquet ou du siège abandonnent des poursuites pénales en vertu d'une décision discrétionnaire fondée sur les dispositions précitées du Code de procédure pénale, il est impossible de déposer une plainte formelle (« *Beschwerde* ») afin de faire revoir cette décision. Toutefois, les « victimes de l'infraction » peuvent, conformément à la sous-section 170(2), former un recours contre la décision du parquet en déposant une plainte formelle auprès du Procureur général, puis auprès du tribunal compétent. Le terme « victimes de l'infraction » fait l'objet d'une interprétation large, et peut inclure, en cas de corruption d'un agent public étranger, l'autorité étrangère affectée et un concurrent.

⁵ Sous-section 152(2) du Code de Procédure pénale.

⁶ Sous-section 170(1) du Code de Procédure pénale.

⁷ Sous-section 170(2) du Code de Procédure pénale.

⁸ Il s'agit des cas où la peine minimum d'emprisonnement est légère et inférieure à un an, ou peut être remplacée par une peine d'amende, lorsque la culpabilité de l'auteur de l'infraction est considérée comme légère, ou lorsqu'il n'existe, en principe, aucun intérêt public à poursuivre.

⁹ Sous-section 153c(1)1 du Code de Procédure pénale.

¹⁰ Sous-section 153c(2) du Code de Procédure pénale.

En ce qui concerne la procédure administrative engagée contre une personne morale pour corruption d'un agent public étranger, les autorités allemandes précisent qu'en vertu de l'interprétation générale du pouvoir souverain d'appréciation conféré par la Loi allemande sur les infractions administratives, tout arrêt de la procédure doit être fondé sur des motifs professionnels, et ajoutent que l'identité de la personne physique ou morale en cause ou des considérations d'intérêt économique national ne peuvent pas entrer en ligne de compte.

5.2 Considérations d'intérêt économique ou politique

Selon les autorités allemandes, les poursuites pénales, y compris celles engagées pour corruption d'un agent public étranger, ne peuvent être abandonnées que dans les conditions énumérées au point précédent. Les autorités allemandes estiment que l'article 5 de la Convention pose désormais les critères à prendre directement en compte pour l'application des dispositions légales précitées.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

L'article 6 de la Convention exige que le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger ménage « un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction ».

6.1 Délai de prescription

Le délai de prescription applicable à la corruption d'un agent public étranger (et d'un agent public national) est fixé à cinq ans, sous réserve des causes d'interruption du délai de prescription (paragraphe 78(1)4 et section 78a). La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. En cas d'actes interruptifs du délai de prescription, la prescription est définitivement acquise à l'expiration d'un délai de dix ans [paragraphe 78(3)4 et sections 78a et 78c du Code pénal].

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DES CAPITAUX

L'article 7 de la Convention exige que chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment des capitaux prenne la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

7.1/7.2. Corruption d'agents publics allemands et étrangers

Aux termes de la section 261 du Code pénal, la corruption d'un agent public national est une infraction principale aux fins de l'application de la législation sur le blanchiment des capitaux. L'application de ce principe n'est subordonnée à aucune exigence supplémentaire. La corruption commise à l'étranger peut également être une infraction principale aux fins de l'application de la législation sur le blanchiment des capitaux, à condition qu'elle soit également passible de sanctions pénales dans le lieu où l'infraction a été commise (sous-section 261(8) du Code pénal). L'Allemagne souligne que la structure de base de sa législation sur le blanchiment des capitaux est telle que l'auteur de l'infraction doit avoir commis une infraction principale passible de sanctions pénales en vertu de la loi allemande et également en vertu de la loi du lieu de commission, si l'infraction a été commise à l'étranger. L'Allemagne met l'accent sur l'importance de cette réserve relative aux infractions commises à l'étranger, à défaut de laquelle n'importe qui pourrait être condamné pour blanchiment de capitaux en relation avec une infraction principale qui, en réalité, ne serait nullement une infraction dans le pays étranger concerné. (Par exemple, si un avantage accordé à un agent public étranger est autorisé ou requis par des lois ou règlements écrits du pays de cet agent public étranger).

L'article 2, section 1 de la LLCI institue une égalité de traitement entre la corruption d'agents publics allemands et étrangers en cas de corruption. Selon les autorités allemandes, la corruption d'agents publics étrangers est désormais une infraction principale aux fins de l'application de la législation pénale allemande en matière de blanchiment des capitaux, conformément à la section 261 du Code pénal (cf. article 2 section 4 de la LLCI).

Sur la question de savoir s'il existe réellement une égalité de traitement des cas de corruption d'agents publics allemands et étrangers en matière de corruption, compte tenu de l'exigence de double incrimination lorsque l'infraction est commise à l'étranger, l'Allemagne souligne que ne découle pas de la notion d'infraction principale, la condition que la corruption d'un agent public étranger soit une infraction pénale dans le pays étranger concerné. Il suffit que la corruption de l'agent public national soit une infraction dans le pays étranger pour que l'infraction de blanchiment de capitaux soit constituée en Allemagne.

En outre, l'Allemagne indique que la corruption de Membres de Parlements étrangers n'est pas une infraction principale aux fins de l'application de la section 26.

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

8.1. Tenue de livres et états comptables, publication d'informations sur les états financiers, normes de comptabilité et de vérification des comptes

Selon les autorités allemandes, la loi allemande prohibe les actes suivants, commis dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler un tel acte :

- l'établissement de comptes hors livres,
- les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées,
- l'enregistrement de dépenses inexistantes,
- l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, et
- l'utilisation de faux documents.

Les autorités allemandes estiment que ces dispositions légales imposent aux entreprises de tenir une comptabilité reflétant sincèrement tous leurs paiements, qu'ils soient légaux ou illégaux.

8.2 Entreprises soumises à ces lois et règlements

Selon les autorités allemandes, ces lois et règlements s'appliquent à toutes les entreprises commerciales ou à forme commerciale. Ils s'appliquent donc aux sociétés par actions et à toutes autres entités juridiques opérant de la même manière, tels les fondations, associations, coopératives, personnes physiques et commerçants.

8.3 Sanctions en cas d'omissions ou falsifications

Les contrevenants aux dispositions du droit comptable allemand sont soumis aux sanctions suivantes :

Obligations des dirigeants et sanctions corrélatives

Conformément aux paragraphes 283b(1)1 et 2, et à la section 14 du Code pénal, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, les gérants d'une société à responsabilité limitée et l'associé gérant d'une société de personnes, sont passibles d'une peine d'emprisonnement pouvant atteindre deux ans, ou d'une peine d'amende, s'ils ne tiennent pas les livres et états comptables qu'ils sont légalement obligés de tenir, ou les falsifient, les font disparaître, les dissimulent, les détruisent ou les endommagent, et, dès lors, empêchent d'avoir une image fidèle des actifs de l'entreprise. Cependant, la condamnation à

des sanctions pénales est subordonnée à la condition que l'auteur de l'infraction soit en état de cessation de paiements, ait pris l'initiative d'une procédure de redressement judiciaire, ou se soit vu refuser la mise en redressement judiciaire pour insuffisance d'actif. Si ces actes sont commis alors que l'entreprise se trouve en état de surendettement, ou alors qu'elle est en état de cessation de paiements, menaçant ou effectif, l'infraction est punie d'un emprisonnement de cinq ans au plus ou d'une amende, en application des paragraphes 283(1)1, 5 et 6 du Code pénal.

S'il est vrai que les sanctions prévues par la section 283b du Code pénal sont soumises à conditions, les autorités allemandes rappellent néanmoins que l'article 8 de la Convention établit clairement que les pays peuvent prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives pour les infractions comptables. En tenant compte du système général de peines et de sanctions en vigueur en Allemagne, les autorités estiment que ces sanctions sont convenables et appropriées. La remarque vaut en particulier des sanctions réprimant les infractions administratives, en vertu du paragraphe 334(1)1 du Code de commerce allemand.

Selon les autorités allemandes, une sanction supplémentaire pourrait réprimer ces infractions comptables, à savoir le visa de confirmation sous réserves ou le refus du visa de confirmation des états financiers annuels des entreprises qui n'ont pas été vérifiés en raison de l'irrégularité de tenue de leur comptabilité [sous-section 322(4) du Code de commerce allemand].

Conformément à la section 331.1 du Code de commerce allemand, qui s'applique aux sociétés anonymes, et à la section 17 de la loi allemande sur la publication des états financiers (*Publizitätsgesetz*), qui s'applique à d'autres entreprises d'une certaine taille, une peine d'emprisonnement pouvant atteindre trois ans ou une peine d'amende peut être infligée à toute personne qui, en tant que membre autorisé de l'organe ou de son conseil de surveillance, donne une image infidèle de la société ou dissimule la situation de la société dans le bilan d'ouverture, les états financiers annuels ou le rapport de gestion. Ces sanctions devraient s'appliquer également en cas de non-comptabilisation dans le bilan du paiement d'un pot-de-vin.

La non comptabilisation d'un pot-de-vin dans les bilans de toutes les autres entreprises peut constituer une fraude en vertu de la section 263 du Code pénal, si l'entreprise présente des états financiers annuels falsifiés. En outre, l'entreprise pourra désormais se rendre coupable d'une infraction pénale fiscale, en vertu de la section 369 du Code des impôts, si elle dépose une déclaration fiscale incorporant des pots-de-vin dans ses charges déductibles. En effet, la nouvelle loi portant réforme de la fiscalité allemande pour 1999/2000/2002 (*Steuergesetz*) pose le principe de la non-déductibilité des pots-de-vin à l'avenir. Il convient de souligner que les sanctions instituées par le droit fiscal s'appliquent à tous les contribuables.

Obligations des commissaires aux comptes et sanctions corrélatives

Les commissaires aux comptes doivent examiner les états financiers annuels des entreprises et dresser un rapport d'audit. Selon les autorités allemandes, cette exigence s'applique aux sociétés anonymes de moyenne et grande taille au sens de la section 267 du Code de commerce, aux établissements financiers, aux prestataires de services financiers et aux compagnies d'assurances et entreprises soumises à la section 6 de la loi sur la publication des états financiers. Les livres et états comptables doivent être inclus dans les opérations d'audit. En outre, l'audit des états financiers annuels et des comptes consolidés du groupe doit contenir la mention du respect ou non des dispositions légales et des dispositions statutaires qui viennent les compléter.

L'Allemagne précise que les commissaires aux comptes ont l'obligation de signaler les violations de la loi, lorsqu'un acte passible de sanctions a été commis, et ajoute que cette obligation s'applique en cas de corruption d'un agent public étranger.

Conformément à la section 332 du Code de commerce, encourt une peine d'emprisonnement pouvant atteindre trois ans ou une peine d'amende, toute personne qui, en qualité de commissaire aux comptes ou d'agent d'un commissaire aux comptes, établit un rapport inexact sur les états financiers annuels, le rapport annuel de gestion, les comptes consolidés du groupe ou le rapport annuel sur les comptes consolidés du groupe d'une société anonyme, garde le silence sur des éléments pertinents devant être dévoilés dans le rapport d'audit, ou donne un visa de confirmation de contenu incorrect. Conformément à la sous-section 332(2) du Code de commerce, encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans au maximum ou une peine d'amende quiconque commet cette infraction en échange d'une rémunération, dans un but d'enrichissement personnel ou dans l'intention de nuire à autrui.

L'Allemagne affirme que les obligations imposées aux commissaires aux comptes allemands correspondent pleinement aux International Standards on Auditing (ISA) (Normes internationales d'audit) et, en particulier, à la Norme ISA 240.

En outre, les petites sociétés anonymes et les entreprises qui ne relèvent pas de la loi sur la publication des états financiers ne sont pas soumises à l'obligation d'audit par un commissaire aux comptes, mais sont généralement tenues de soumettre des états financiers vérifiés à leurs banques.

Obligations spéciales des commissaires aux comptes de compagnies d'assurances, établissements financiers ou prestataires de services financiers

Conformément à la sous-section 57(1) de la Loi allemande sur la surveillance des compagnies d'assurances (*Versicherungsaufsichtsgesetz*), les commissaires aux comptes de compagnies d'assurances doivent également déterminer si l'entreprise a agi en violation des obligations découlant de la section 15 de la loi allemande sur le blanchiment de capitaux (*Geldwäsche-Gesetz*). En outre, sur requête, les commissaires aux comptes doivent informer l'autorité de surveillance de tous autres faits qui seraient révélés par leurs opérations d'audit et seraient constitutifs d'infractions aux principes comptables applicables aux opérations des compagnies d'assurances.

En vertu des sous-sections 29(1) et (2) de la Loi bancaire allemande (*Kreditwesengesetz*), les commissaires aux comptes des établissements financiers ou prestataires de services financiers doivent vérifier, notamment, que l'entreprise a satisfait à ses obligations aux termes de la section 14 de la Loi sur le blanchiment de capitaux. Si ses opérations d'audit révèlent que les dirigeants ont commis des manquements graves à la loi, aux règlements ou aux statuts, le commissaire aux comptes doit en informer sans délai l'Office fédéral de surveillance bancaire et la Bundesbank.

Infractions administratives prévues par la section 379 du Code des impôts allemand (fraude fiscale mineure)

En vertu de cette disposition, est passible d'une amende pouvant atteindre 10 000 DM, tout contribuable (et, par voie de conséquence, toute entreprise) qui, intentionnellement ou par négligence :

1. émet des documents factuellement incorrects, ou

2. publie ou fait publier de manière incorrecte des événements ou opérations soumis à une obligation de publicité ou d'enregistrement en vertu de la loi

et rend ce faisant possible d'obtenir une réduction d'impôts ou tout autre avantage fiscal injustifié.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1. de la Convention exige de chaque Partie accorde, dans la plus large mesure possible, une « entraide judiciaire prompte et efficace » aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la Convention, ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention engagées par une Partie contre des personnes morales.

9.1 Lois, traités, accords permettant l'entraide judiciaire

L'entraide judiciaire ne dépend pas de la question de savoir si la partie requérante a engagé des enquêtes et poursuites contre une personne *physique* ou *morale*. Les traités applicables sont les suivants :

- la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (20 avril 1959) ;
- le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (17 mars 1978) ;
- la Convention d'application des Accords de Schengen (19 juin 1990), et
- différentes conventions bilatérales d'entraide judiciaire (y compris des suppléments bilatéraux à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale).

En dehors de la sphère d'application de ces traités et conventions, l'entraide judiciaire en matière pénale est régie par les dispositions de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (sections 59 à 67a).

L'entraide judiciaire en matière non pénale peut être régie par la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (24 novembre 1977).

9.2 Double incrimination

Selon les autorités allemandes, le principe de la double incrimination n'est pas une condition préalable à l'acceptation d'une demande d'entraide judiciaire en Allemagne. La situation est différente en ce qui concerne les demandes d'extradition (cf. 4.4. supra).

Ce principe souffre une exception lorsqu'il s'agit de l'entraide judiciaire en vertu du paragraphe 66(2)1 de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, c'est-à-dire dans les cas où aucun traité n'est applicable. Cette disposition couvre les demandes de transmission de preuves. Ces demandes de transmission ne peuvent être accueillies qu'à condition que l'infraction pénale qui les suscite soit également une infraction pénale ou administrative en droit allemand. En l'occurrence, l'infraction de corruption au sens de la présente Convention satisfait à cette condition préalable.

L'article 5 §1(b) de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale contient une disposition comparable. Conformément à cette disposition, toute partie contractante peut se réserver la faculté de soumettre, entre autres, l'exécution de commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie d'objets à la condition que l'infraction suscitant la demande soit susceptible de donner lieu à extradition dans le pays requis. En outre, l'article 51(a) de la Convention d'application des Accords de Schengen spécifie que les demandes de perquisition et de saisie ne sont recevables qu'à condition que l'infraction qui les motive soit en principe passible, dans les deux Etats, d'une peine privative de liberté d'une durée maximum de six mois au moins.

L'infraction de corruption relevant de la Convention est une infraction pénale pouvant donner lieu à extradition, et remplit les conditions préalables posées par les deux dispositions précitées (voir 4.4. supra).

9.3 Secret bancaire

Selon les autorités allemandes, il n'est pas possible de refuser de fournir une entraide judiciaire en se retranchant derrière le secret bancaire.

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

L'article 10.1 de la Convention oblige les Parties à faire de la corruption d'un agent public étranger une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de leur droit et des conventions d'extradition entre elles. L'article 10.2. dispose que lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, elle « peut considérer la présente Convention comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger ».

10.1 Extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger

Selon les autorités allemandes, la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition, tant en vertu de la loi allemande qu'en vertu des conventions d'extradition applicables (voir 4.4. supra).

10.2 La Convention, en tant que fondement légal pour l'extradition

Les autorités allemandes interprètent l'article 10 §2 deuxième phrase de la Convention comme le fondement légal, en droit international, pour l'extradition des auteurs d'infractions de corruption d'un agent public étranger, dans le cas où n'existerait pas de convention multilatérale ou bilatérale d'extradition. Les autorités allemandes soulignent toutefois que l'extradition dans de tels cas serait déjà rendue possible aux termes des sections 2 et 3 de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

10.3 Extradition de ressortissants

Conformément à l'article 16 § 2 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz*), aucun ressortissant allemand ne peut être extradé vers un pays étranger.

10.5 Double incrimination

L'article 10.4 de la Convention précise que lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la Convention.

En Allemagne, l'extradition est toujours subordonnée à la condition de la double incrimination. Les dispositions pertinentes sont la sous-section 3(1) de la Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, lorsqu'aucune convention d'extradition n'est pas applicable, et, dans les autres cas, l'article 2 § 1 de la Convention européenne d'extradition, ainsi que les dispositions pertinentes des conventions bilatérales d'extradition. Les autorités allemandes estiment que le principe de réciprocité est rempli si l'acte en question relève de l'article 1 de la Convention. A cet égard, les autorités allemandes soulignent le fait que l'Allemagne a déjà mis la Convention en application dans son droit national, de telle sorte que la corruption d'un agent public étranger est devenue une infraction pouvant donner lieu à extradition. Selon les autorités allemandes, la condition de double incrimination est jugée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de la Convention.

11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES

Lors du dépôt de l'instrument de ratification, l'Allemagne a notifié au Secrétaire général que le Ministère fédéral de la Justice est l'autorité allemande responsable de l'envoi et de la réception des demandes afférentes à la Convention.

B. MISE EN OEUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

La Loi sur les allègements fiscaux pour 1999/2000/2002 (*Steuerentlastungsgesetz*) du 9 novembre 1998 (Publication du Parlement Fédéral 14/23¹¹, a) instaure une interdiction générale de la déductibilité des pots-de-vin. L'interdiction de cette déductibilité ne dépendra plus du point de savoir si les infractions correspondantes ont été ou non sanctionnées. L'interdiction de la déductibilité couvre également les avantages conférés à des bénéficiaires étrangers, dans la mesure où la LLCI instaure une égalité de traitement entre les agents publics étrangers et les agents publics nationaux.

¹¹ Journal Officiel de la R.F.A. (*Bundesgesetzblatt*) 1ère Partie n°15 du 31 mars 1999, p. 402.

EVALUATION DE L'ALLEMAGNE

Remarques générales

Le Groupe de travail a félicité les autorités allemandes pour la rapidité avec laquelle elles ont transposé la Convention dans leur droit national. Le Groupe de travail a apprécié les mesures récemment prises pour interdire la déductibilité des pots-de-vin sans conditions procédurales préalables, tenant par exemple à la préexistence d'une condamnation pénale. Les délégués ont remercié les autorités allemandes pour leur coopération dans le processus d'évaluation, y compris pour la diligence avec laquelle les documents légaux ont été traduits. Le Groupe de travail a mis en évidence les questions spécifiques suivantes, qui appellent une clarification :

Questions spécifiques

1. Exécution de fonctions officielles

L'article 1 de la Convention exige que l'acte de corruption soit commis dans l'intention que l'agent public « agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles ». L'article 334 du Code pénal allemand couvre la corruption concernant un « acte judiciaire ou officiel futur » et l'article 2 alinéa 2(1) de la Loi sur la lutte contre la corruption internationale (LLCI) s'applique à un acte ou une omission futur d'un Membre de Parlement étranger en relation avec son mandat ou ses fonctions. La question a été posée de savoir si la législation allemande pourrait être plus étroite que la Convention. Les autorités allemandes ont confirmé qu'étant donné que l'article 2 de la LLCI met la Convention en application, elle devrait être interprétée en conformité avec l'article 1.4.c. de la Convention, et avec ses commentaires. En conséquence, le terme « acte officiel » couvrirait toute activité liée à l'exercice des fonctions d'un agent public, et non pas seulement certaines responsabilités spécifiques de cet agent.

2. Responsabilité des personnes morales

La loi allemande n'établit pas la responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, les personnes morales peuvent être tenues pour responsables en vertu de la Loi allemande sur les infractions administratives, qui inflige des amendes non pénales.

Les autorités allemandes ont expliqué qu'en vertu de l'article 30 de la Loi sur les infractions administratives, les personnes morales peuvent être tenues pour responsables si une personne physique occupant un poste de dirigeant au sein de l'entreprise commet une infraction de corruption. En outre, si un subalterne commet une infraction de corruption, la personne morale peut également être tenue pour responsable si un employé occupant un poste de dirigeant a violé ses obligations de surveillance. L'article 9 de la Loi étend la responsabilité découlant de l'article 130 à toutes les personnes auxquelles cette obligation de surveillance peut être déléguée.

La question a été posée de savoir si l'entreprise échapperait à cette responsabilité dans le cas où la personne physique agissant pour son compte ne pouvait pas elle-même être poursuivie pour des « motifs légaux ». L'Allemagne a mis l'accent sur le fait que l'expression « motifs légaux » vise les obstacles et empêchements procéduraux, telle l'expiration du délai légal de prescription.

Une question a été posée à propos de la responsabilité d'une entreprise allemande au titre d'un acte de corruption commis par un agent étranger à l'étranger. L'Allemagne a répondu que ce type de situation ne relève pas du concept de « motifs légaux » mettant obstacle aux poursuites contre la personne morale concernée. En l'occurrence, la responsabilité de la personne morale ne pourrait pas être recherchée en

l'absence d'infraction passible de sanctions pénales commise en Allemagne. Toutefois, l'Allemagne a ajouté que des poursuites pourraient être engagées si l'agent étranger pouvait être trouvé en Allemagne, et à condition que l'acte soit considéré comme une infraction pénale dans le lieu où il a été commis, et qu'il puisse donner lieu à extradition en vertu de la Loi sur l'extradition (bien que l'extradition n'ait pas été demandée, ait été refusée ou ne puisse pas être exécutée). Les tribunaux allemands auraient également compétence si une personne se trouvant en Allemagne, investie d'une obligation de surveillance, avait violé cette obligation. Le Groupe de travail a admis que la responsabilité des personnes morales en cas de corruption commise par des agents étrangers à l'étranger doit être plus amplement étudiée.

Le Groupe de travail s'est félicité d'apprendre que les autorités allemandes étudient la possibilité d'introduire un système de sanctions pénales ou autres contre les personnes morales.

3. Mise en œuvre

Le ministère public peut, en application de l'article 153c sous-section 2 du Code de procédure pénale allemand (CPP), décider de ne pas poursuivre certaines infractions pénales relevant de la compétence matérielle de cette loi, mais sortant de la compétence territoriale de celle-ci, si ces poursuites devaient risquer d'entraîner un inconvénient grave pour l'Allemagne ou de léser d'autres intérêts publics importants. Par ailleurs, l'article 5 de la Convention exige que les procédures de mise en œuvre ne soient pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat, ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause. Les autorités allemandes ont affirmé que l'article 153c sous-section 2 ne peut être invoqué qu'en présence de circonstances exceptionnelles, telle une menace pour la sécurité publique. Elles ont ajouté que l'article 5 de la Convention, incorporé à la législation allemande par la ratification de la Convention, pose désormais le critère à prendre en considération en matière de poursuites des infractions de corruption internationale, nonobstant l'article 153c du CPP.

4. Prescription

Le délai de prescription applicable à la corruption d'un agent public étranger est fixé à cinq ans, sous réserve des causes d'interruption de ce délai. La prescription est définitivement acquise à l'expiration d'un délai de dix ans (articles 78 sous-section 3 n° 4 ; 78a et 78c du Code pénal). L'article 6 de la Convention exige un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à l'infraction. Le Groupe de travail reconnaît que cette question devrait faire l'objet d'une analyse comparative de la situation légale en vigueur dans les Pays membres, et qu'il conviendrait donc d'y revenir ultérieurement.

Conclusion.

Le Groupe de travail considère, à la lumière des documents fournis et des explications données par les autorités allemandes, que la législation allemande est conforme aux normes posées par la Convention.