

LUXEMBOURG

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

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

La Convention a été signée le 17 décembre 1997. L'approbation de la Convention et la mise en œuvre de ses dispositions résultent d'une même loi, 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 et relative aux détournements, aux destructions d'actes et de titres, à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, à la corruption et portant modification d'autres dispositions légales »¹. Le Parlement a adopté le projet de loi le 14 décembre 2000, et le Grand-Duc a « sanctionné et promulgué » la loi le 15 janvier 2001. Cette loi est entrée en vigueur le 11 février 2001. Le Luxembourg a déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE le 21 mars 2001. La Convention entrera en vigueur soixante jours après ce dépôt.

Cette loi vise d'une part à actualiser et renforcer les dispositions législatives réprimant la corruption au sens large, qui n'avaient pas été adaptées depuis la promulgation du code pénal et présentaient des lacunes manifestes, et d'autre part à mettre la législation pénale luxembourgeoise au diapason des normes de droit international public applicables en la matière².

La loi du 15 janvier 2001 modifie le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. Plus particulièrement, pour satisfaire aux exigences de la Convention de l'OCDE il a notamment été inséré dans le Code pénal un nouvel article 252, qui rend applicables les dispositions législatives réprimant la corruption au sens large aux fonctionnaires et agents publics d'autres Etats, des Communautés européennes et d'organisations internationales.

Sur le plan méthodologique, la loi s'inspire dans une très large mesure du Nouveau Code pénal français. Cette façon de procéder présente, aux yeux des autorités luxembourgeoises, l'avantage de permettre aux juridictions et aux praticiens luxembourgeois de pouvoir s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Sur certains points, il a toutefois été jugé préférable de conserver l'acquis de la législation (belge) actuelle. Sur d'autres points, faute de texte de référence, mais devant la nécessité de légiférer, des textes entièrement nouveaux ont été proposés³.

La Convention et le système juridique luxembourgeois

Les autorités luxembourgeoises indiquent que le Luxembourg connaît le principe selon lequel le droit international prime le droit national, sans pour autant que la Convention ait un effet direct stricto sensu dans l'ordre juridique luxembourgeois. Elles indiquent également que le rapport explicatif d'une convention internationale n'a pas force de loi. Les commentaires interprétatifs de la Convention

¹ Lors de l'élaboration du projet de loi, le Gouvernement a également pris en considération 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 le 27 septembre 1996. La loi a été publiée au Mémorial du 7 février 2001, page 698 (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg).

² Ces dispositions sont donc susceptibles de recevoir d'autres modifications, nécessitées par la transposition des conventions du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne relatives à la lutte contre la corruption.

³ Exposé des motifs du projet de loi, 22 janvier 1998.

serviront aux personnes appelées à appliquer la Convention pour saisir la portée exacte de ses dispositions. Les autorités luxembourgeoises expliquent ainsi qu'en cas de difficulté d'interprétation des termes de la législation luxembourgeoise, les juridictions se reporteront au texte de la Convention, et qu'en cas d'incertitudes sur l'interprétation des termes de la Convention, elles se reporteraient aux commentaires interprétatifs. De même, en cas de contradiction entre les termes de la législation et ceux de la Convention, ces derniers priment.

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

Le Luxembourg a choisi d'étendre aux agents publics étrangers certaines dispositions du Code pénal (article 252 du Code pénal), à savoir la corruption et le trafic d'influence passifs (article 246), la corruption et le trafic d'influence actifs (article 247), le trafic d'influence passif et actif commis par un particulier (article 248), la corruption passive et active postérieure (article 249), la corruption passive et active de magistrats (article 250) et les actes d'intimidation commis contre des personnes exerçant une fonction publique (article 251). Trois infractions répondent plus particulièrement aux exigences de l'article 1 de la Convention, à savoir les articles 247, 249 alinéa 2 et 250 alinéa 2. La corruption, auparavant constitutive de délit, est aujourd'hui qualifiée de crime.

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

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

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

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

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

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

Art. 252.– 1. Les dispositions des articles 246 à 251 du présent code s'appliquent aussi aux infractions impliquant

- des personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat ;
 - des fonctionnaires communautaires et des membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de Justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes, dans le plein respect des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, des statuts de la Cour de Justice, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités ;
 - des fonctionnaires ou agents d'une autre organisation internationale publique.
2. L'expression „fonctionnaire communautaire“ employée au paragraphe précédent désigne :
- toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du Statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ;
 - toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les Etats membres ou par tout organisme public ou privé, qui exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes.

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

1.1 Éléments de l'infraction

Les éléments spécifiques de l'infraction prévue à l'article 1 de la Convention sont couverts de la manière suivante :

1.1.1 Toute personne

Il n'existe pas d'immunité propre à la corruption, mais plusieurs catégories générales d'immunités en matière pénale. D'une part le Grand-Duc bénéficie de l'inviolabilité et échappe à toute poursuite et sanction, les lois pénales ne lui étant pas applicables. D'autre part les membres du Parlement bénéficient d'une inviolabilité temporaire durant les sessions parlementaires, sauf infraction flagrante ou autorisation de la Chambre des Députés.

Par ailleurs il existe au Luxembourg des règles particulières applicables à certaines personnes en raison de leurs fonctions ou de leur statut. Il en est ainsi des membres du Gouvernement, des magistrats et des officiers de police judiciaire. Toutefois il s'agit pour l'essentiel de privilèges de juridiction qui ne permettent d'échapper ni aux poursuites ni aux sanctions.

1.1.2 Le fait intentionnel

Selon les autorités luxembourgeoises, la corruption est une infraction intentionnelle : Le dol général, c'est-à-dire la liberté et la conscience de l'agent, est une condition essentielle de toute infraction, à moins que le contraire ne résulte d'une disposition formelle du code ou de la nature même de l'infraction⁴. Par contre, le dol éventuel, dans le sens d'une infraction d'imprudence, de négligence, ou de mise en danger, n'est pas applicable dans les cas de corruption.

⁴ Cependant le législateur n'exprime formellement cette condition que dans des cas exceptionnels, alors qu'il croit devoir y appeler l'attention du juge pour éviter une fausse application de la loi ; dans les autres cas elle est sous-entendue dans la définition de la loi et par conséquent aussi dans la décision du juge qui constate l'infraction dans les termes de la définition légale. Cass. 20 janvier 1893, P. 3, 20.f

1.1.3 D'offrir, de promettre ou de donner

Les termes employés

L'article 247 punit le fait de proposer ou d'octroyer (...) des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques. Les articles 249 (corruption postérieure) et 250 (corruption de magistrats) punissent quant à eux quiconque cède aux sollicitations d'une personne [publique], ou lui propose des offres (...) quelconques. Trois termes sont employés.

L'incrimination de la proposition comme corruption consommée est une nouveauté en droit luxembourgeois. En effet, le droit luxembourgeois a recours à la notion de « pacte de corruption », à savoir la rencontre des volontés du corrupteur et du corrompu⁵. Or jusqu'à présent, tant que le pacte n'était pas conclu, ni l'une ni l'autre des deux infractions n'étaient consommées, puisque le code visait « ceux qui auront corrompu » un agent public. Donc les démarches infructueuses effectuées en vue de conclure un tel "pacte" n'étaient susceptibles d'être incriminées, le cas échéant, que par la notion de tentative. La nouvelle loi modifie cet élément.

Si les nouvelles dispositions du Code pénal font toujours référence à un pacte de corruption, les nouveaux articles 247, 249 et 250 incriminent maintenant le fait de proposer à un agent public des offres en vue de la conclusion d'un pacte de corruption, même si la proposition est rejetée, ou si l'agent public n'en a pas eu connaissance. Les éléments auparavant constitutifs de tentative deviennent constitutifs de l'infraction de corruption active pleinement consommée.

De plus, dans la nouvelle loi, figure le terme « octroyer » à l'article 247. Le gouvernement explique que ce terme semble opportun pour se conformer au libellé de l'article 1 paragraphe 1 de la Convention qui parle « d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu ... ». Or, si ce terme a été inséré à l'article 247, le fait d'octroyer n'est pas mentionné aux articles 249 et 250. Les autorités luxembourgeoises expliquent cependant que le cas où le corrupteur octroie un pot-de-vin sans proposition ni sollicitation préalable est couvert, car la proposition et l'octroi sont supposés réalisés de façon simultanée.

Selon les autorités luxembourgeoises, le terme « octroyer » correspond par analogie aux termes « céder aux sollicitations » utilisés dans les textes incriminant la corruption postérieure et la corruption de magistrats (articles 249 et 250). Dans cette hypothèse, un particulier cède à une personne dépositaire de l'autorité publique qui sollicite des offres (...) quelconques en vue d'effectuer un acte ou une omission au sens de la loi. Cette hypothèse était prévue par la doctrine et la jurisprudence, sans pour autant être formellement reflétée dans le texte ; elle est aujourd'hui expressément prévue.

Cette différence de terminologie tient compte de l'optique de l'initiative de la corruption, à savoir initiative du corrupteur ou du corrompu.

La nouvelle infraction de corruption postérieure

La législation luxembourgeoise opère une distinction en deux infractions selon que l'offre de pot-de-vin est antérieure ou postérieure à l'acte ou l'omission de l'agent public étranger, c'est-à-dire selon que le pacte de corruption est antérieur ou postérieur aux actes du corrompu.

⁵

La corruption tant active que passive suppose « une convention illicite, arrêtée et certaine », « un pacte librement consenti ». « Le législateur a voulu atteindre un contrat illicite à propos de l'exercice de la fonction publique : la subordination d'un acte de la fonction à un avantage offert ou promis par un particulier et accepté ou reçu par le fonctionnaire. Le pacte frauduleux est essentiel à la forfaiture ». Citations, respectivement, de RIGAUX et TROUSSE, Les Crimes et Délits du Code Pénal, tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 279 ; Répertoire Pratique du Droit Belge, Bruxelles, Bruylant, 1950, tome VI, V° Forfaiture, No 2 et 3 ; RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 290.

Jusqu'à présent, le délit de corruption nécessitait l'existence préalable d'un pacte de corruption : Le droit pénal luxembourgeois exigeait que le "pacte" de corruption soit conclu avant que le corrompu n'accomplisse ou s'abstienne d'accomplir l'acte, objet de ce "pacte". Or la preuve de cette condition préalable est extrêmement difficile à établir, et la situation inverse, dans laquelle une personne exerçant une fonction publique se fait rémunérer par le bénéficiaire d'un acte qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir postérieurement à cette action ou cette abstention n'était pas incriminée. Elle est toutefois choquante aux yeux du législateur, notamment si la rémunération est importante ou si le fonctionnaire a violé ses devoirs dans l'espoir d'une rémunération. Cette solution a été vivement critiquée par la doctrine et les praticiens. C'est cette lacune que vient combler l'article 249 par la création de l'infraction de corruption postérieure : l'action ou l'abstention de l'agent public est antérieure à la conclusion du "pacte" illicite⁶. La corruption postérieure met aux prises l'auteur de cet acte ou de cette abstention avec la personne qui en a bénéficié. Ce bénéficiaire peut être le destinataire direct de l'acte (par exemple la personne qui s'est vue accorder une autorisation), tout comme un tiers (par exemple le concurrent commercial de la personne qui s'est vu refuser une autorisation).

Ainsi, qu'il y ait pacte antérieur (article 247) ou non (article 249), la corruption est sanctionnée.

1.1.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre

Un avantage pécuniaire ou autre

Les articles 247, 249 et 250 visent les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques. Le droit luxembourgeois reprend en cela les termes utilisés en droit français.

Auparavant, le droit visait à titre de contrepartie du "pacte" de corruption des "offres", "promesses", "dons" et "présents". La loi du 15 janvier 2001 ajoute à cette liste les "avantages quelconques". Ces derniers termes manifestent le souhait des autorités luxembourgeoises d'inclure parmi les choses offertes, dans le sens le plus large possible, outre l'argent et les objets matériels, tout autre avantage quelconque qu'il soit matériel, intellectuel ou social, pour le coupable ou pour toute autre personne. En font partie les démarches en tout genre, recommandations, interventions favorables, votes, relations sexuelles ...⁷. La terminologie compréhensive du Nouveau Code pénal français évite ainsi toute discussion inutile sur les moyens générateurs de corruption.

Un avantage indu

Les nouveaux articles du Code pénal relatifs à la corruption ne reprennent pas le terme "indu" contenu dans la Convention de l'OCDE. Il en résulte, selon les autorités luxembourgeoises, que les petits paiements dits de facilitation sont sanctionnés par la loi luxembourgeoise. En effet, l'autorité luxembourgeoise était d'avis qu'en incluant le mot "indu" dans la législation interne, les paiements de facilitation ou *petty gifts* seraient admis et la corruption, au lieu d'être combattue plus efficacement, serait en fait appréciée avec bien plus d'indulgence par le législateur, qui admettrait que certains usages bien que néfastes ne tomberaient plus sous le champ d'application de la loi, puisqu'ils seraient tolérés. Le Luxembourg estime que ceci constituerait un pas en arrière en matière de lutte contre la corruption et de perception de cette lutte. « Accepter d'une part des paiements de facilitation et criminaliser en même temps des paiements parce que portant sur des sommes plus importantes serait incohérent », de l'avis du Conseil d'Etat⁸.

⁶ Commentaire des articles du Projet de loi, doc. N° 4400, du 22 janvier 1998. Par contre, si la rémunération remise uniquement après l'accomplissement ou l'abstention d'accomplir l'acte, n'est que l'exécution d'une promesse antérieure, c'est l'infraction de corruption « classique » qui est établie (JCL Pénal, Art.432-11, par André VITU, 11, 1993, No 95).

⁷ JCL Pénal, op. cit., No 89-90

⁸ Par contre, il est bien entendu que le cadeau doit être donné dans l'intention de corrompre pour être sanctionné.

Par contre, les articles 246, 249 alinéa 1 et 250 alinéa 1 relatifs à la corruption passive et l'article 247 relatif à la corruption active « classique », prévoient les termes "sans droit". Selon les autorités luxembourgeoises, « ces termes excluent du champ d'application des textes afférents tout salaire, traitement, rémunération, indemnité et avantage légalement dus, donc formellement prévus par un texte. En revanche, cette exclusion ne saurait s'appliquer à des avantages ne remplissant pas ce critère, et cela même s'ils étaient tolérés, voire acceptés par un supérieur hiérarchique. Il apparaît en effet inacceptable et le respect de la probité et de l'intégrité de la fonction publique s'oppose formellement à ce qu'un agent public puisse accepter ou solliciter, en l'absence d'un texte lui en accordant le droit, et même avec l'accord d'un supérieur hiérarchique, un avantage en corrélation avec l'accomplissement d'un acte de la fonction ». Les autorités luxembourgeoises indiquent que leur législation satisfait ainsi aux exigences des Commentaires 4 et 7.

Ces termes ne sont pas repris aux articles 249 alinéa 2 et 250 alinéa 2. Cependant, l'article 249 alinéa 2 se référant explicitement aux « conditions de l'alinéa 1 », on peut en déduire que la condition « sans droit » est couverte. Par contre l'article 250 alinéa 2 ne fait pas un tel renvoi. Toutefois les autorités luxembourgeoises estiment que si le renvoi à l'alinéa 1 n'est pas explicite, il est néanmoins implicite et que donc l'élément « sans droit » est couvert par l'article 250 alinéa 2.

1.1.5 Directement ou par des intermédiaires

La corruption par des intermédiaires est explicitement prévue dans les cas de corruption active classique (article 247), par l'insertion des mots « directement ou indirectement ». Par contre, ce n'est pas le cas des infractions de corruption active postérieure (article 249 alinéa 2) et de corruption active de magistrats (article 250), ce qui pourrait poser des problèmes d'interprétation.

Cependant, l'exposé des motifs explique clairement que cet élément, qui n'existait pas expressément jusqu'alors, était reconnu tant par la doctrine que par la jurisprudence, son insertion rendant explicite un élément de l'infraction, jusqu'à présent implicite et jurisprudentiel. Ainsi, que les termes « directement ou indirectement » soient ou non mentionnés, les cas de corruption par intermédiaire sont couverts en pratique. Par ailleurs, les autorités luxembourgeoises indiquent qu'il n'est pas requis que les personnes interposées soient proches de l'agent ou du corrupteur, ni que l'agent public ou le corrupteur aient connaissance du rôle de l'intermédiaire. Enfin, les autorités luxembourgeoises indiquent que l'intermédiaire sera puni en tant que complices.

1.1.6 A un agent public étranger

Aux termes de l'article 1 paragraphe 4 de la Convention, « "agent public étranger" désigne toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ».

Le nouvel article 252 étend les dispositions relatives à la corruption à trois catégories de personnes : les agents publics d'autres Etats, les fonctionnaires communautaires, et les agents d'autres organisations internationales publiques.

Personnes, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publiques, personnes investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public d'un autre Etat

Les définitions d'agents publics nationaux ou étrangers sont identiques (articles 247 et 252). La loi luxembourgeoise nouvelle a repris avec quelques aménagements les termes employés dans la loi française, de « personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public

ou investies d'un mandat électif public ». La loi ancienne employait les termes « tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public »⁹.

- personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques : La notion de personne dépositaire de l'autorité publique vise, d'après la doctrine française, « la personne qui est titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique »¹⁰. Cette notion générale inclut les représentants de l'Etat et des communes (ministres, secrétaires d'Etat, membres de Cabinet, bourgmestres et échevins), les fonctionnaires (outre les magistrats, spécialement visés par l'article 250 nouveau), les officiers publics (notaires, huissiers) et toutes autres personnes exerçant des fonctions d'autorité (tels, par exemple, les présidents et assesseurs de bureaux de vote)¹¹. Enfin, un président de la République ou un souverain peuvent être assimilés à un agent public, et les militaires sont considérés comme personne dépositaire de la force publique.

A la terminologie française ont été ajoutés les termes d'« agent » et de « force publique », qui permettent de réunir sans équivoque à la fois les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion d'une part, et les autorités et forces de police d'autre part.

- toute personne investie d'un mandat électif public : Cette catégorie constitue un sous-ensemble de la première notion¹². Son emploi, qui n'était donc pas logiquement indispensable, manifeste le souhait de rendre la loi parfaitement claire et compréhensible sur ce point. Les personnes ainsi visées sont les députés et conseillers municipaux. Les termes seraient aussi susceptibles de s'appliquer aux présidents et membres élus des chambres professionnelles. Par ailleurs, les personnes détenant un mandat législatif sans pour autant avoir été élues ne sont pas des personnes "investies d'un mandat électif public" mais entrent néanmoins dans la catégorie des personnes "dépositaires de l'autorité publique", compte tenu de la nature des fonctions exercées.

- toute personne chargée d'une mission de service public : La personne, publique ou privée, chargée d'une mission de service public est celle qui « sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes ou d'exercer une fonction dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général »^{13, 14}.

⁹ Selon les autorités luxembourgeoises, les termes employés (applicables tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales), tout en ne modifiant pas profondément la portée par rapport aux textes auparavant en vigueur, présentent toutefois l'avantage d'apporter des clarifications.

¹⁰ Exposé des motifs du projet de loi ; référence à JCL Pénal, art. 432-11, (11.1993) par André Vitu, n° 55

¹¹ Exposé des motifs du projet de loi ; référence à JCL Pénal, art. 432-11, (11.1993) par André Vitu, n° 57-69

¹² Exposé des motifs du projet de loi ; référence à JCL Pénal, art. 432-11, (11.1993) par André Vitu, n°55

¹³ op. cit., loc. cit., No 55

¹⁴ Sont notamment visés : les curateurs de faillite et les liquidateurs judiciaires de sociétés commerciales ; les membres de "commissions instituées officiellement et chargées de donner des avis à l'autorité publique ou de statuer elles-mêmes sur des demandes, des dossiers, des projets, qui nécessitent des autorisations officielles" (op. cit., loc.cit., No 71), tels les membres de la commission consultative en matière de police des étrangers, du Comité Interministériel de l'Aménagement du Territoire, ou de la Commission des Soumissions, etc.; les agents d'administrations "qui ne sont pas des administrations publiques, au sens où l'entend le droit administratif, mais des organismes jouissant d'une autonomie de gestion plus ou moins accusée, prenant corps dans des personnes juridiques différentes de l'Etat ...ou des communes" (op. cit., loc. cit., No 72) : font, à titre d'exemple, partie de

- tout magistrat ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, tout arbitre ou expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties : Ces termes de l'article 250 ne sont pas repris à l'article 252, mais celui-ci commence par les mots « Les dispositions des articles 246 à 251 du présent code s'appliquent aussi aux infractions impliquant [des agents publics étrangers] ». Les sanctions étant plus sévères en cas de corruption de magistrats, il faudra sans doute faire également cette distinction en cas de magistrat étranger. Quant au contenu de cette catégorie, peu importe qu'il s'agisse des magistrats du siège ou de ceux des Parquets (qui jusqu'à présent ne relevaient pas de ces textes spéciaux)¹⁵, de ceux relevant de juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, de juridictions ordinaires ou d'exception. L'expression „toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle" désigne par exemple des assesseurs, représentants des employeurs et salariés dans les juridictions du travail, ou des militaires siégeant dans les juridictions militaires.

Les autorités luxembourgeoises ont précisé que les tribunaux, aux fins de détermination de la qualité ou non d'agent public étranger de la personne en cause, devront se référer aux définitions luxembourgeoises des termes d'autorité et de force publique, et de mission de service public, et non aux définitions en vigueur dans l'Etat de l'agent public étranger. De plus, le nouveau texte étant basé sur le droit français, les juges pourront prendre appui sur la jurisprudence française. Par ailleurs les autorités luxembourgeoises précisent que la participation de l'Etat dans une entreprise entièrement soumise au droit des sociétés commerciales et aux règles du marché ne rend pas applicable *per se* les textes concernant la corruption et le trafic d'influence, à moins que la personne concernée soit un représentant de l'Etat qui a la qualité de fonctionnaire de l'Etat ou d'agent public. Les autorités luxembourgeoises précisent que si des difficultés d'interprétation apparaissent, les juridictions se référeront à la Convention et ses commentaires.

Les autorités luxembourgeoises précisent par ailleurs que les personnes n'exerçant pas officiellement de fonction publique, comme les responsables d'un parti politique dans les pays à parti unique, sont couvertes dès lors qu'elles exercent effectivement un pouvoir de décision ou de contrainte par délégation de la puissance publique. En effet, ce n'est pas le statut de la personne concernée qui est déterminant, mais la fonction qu'elle exerce, celle-ci devant avoir un caractère public. Par contre les avantages promis ou accordés à une personne en anticipation de sa nomination comme agent public, ou qui usant de fausses qualités, fait croire qu'elle exerce une telle fonction, ne constituent pas le délit de corruption, mais pourront être poursuivis sous le chef de trafic d'influence généralisé.

Enfin, sont des "autres Etats", selon les autorités luxembourgeoises, tous les Etats souverains autres que l'Etat du Luxembourg. Cette notion semble être plus restrictive que celle de « pays étranger » utilisée dans la Convention. Les autorités luxembourgeoises expliquent cependant que s'il apparaissait des difficultés d'interprétation de cette disposition vis-à-vis de territoires non souverains, les juridictions luxembourgeoises interpréteraient cette notion au regard de la Convention et du commentaire 18 définissant le pays étranger¹⁶.

Fonctionnaires communautaires

L'article 252 alinéa 2 précise que « L'expression "fonctionnaire communautaire" employée au paragraphe précédent désigne :

cette catégorie fort diversifiée le Centre Hospitalier de Luxembourg, l'office du ducroire, l'office national du remembrement, l'institut viti-vinicole etc.

¹⁵ NOVELLES, Droit pénal, Tome III, Bruxelles, Larcier, 1972, No 4254

¹⁶. Commentaire 18 : "L'expression "pays étranger" n'est pas limitée aux Etats mais inclut toute zone ou entité organisée, telle qu'un territoire autonome ou un territoire douanier distinct."

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

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

Cette définition est celle 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, signé le 27 septembre 1996.

Fonctionnaires ou agents d'une autre organisation internationale publique

Le législateur luxembourgeois a bien précisé qu'il s'agissait d'organisations internationales publiques, afin d'exclure l'application de la loi aux organisations internationales privées¹⁷. Par contre, il n'est pas nécessaire que le Luxembourg soit membre de cette organisation. Les autorités luxembourgeoises précisent que la qualité de fonctionnaire ou agent est appréciée par les juges par référence au statut et aux fonctions exercées par cette personne.

1.1.7 A son profit ou au profit d'un tiers

L'infraction de corruption est établie que le corrupteur propose au corrompu des avantages « pour lui-même ou pour un tiers ». En d'autres termes, l'infraction est établie même si le destinataire des avantages proposés ou octroyés est une personne autre que le corrompu. Est ainsi prise en compte l'hypothèse dans laquelle l'avantage ne profite pas directement au corrompu lui-même, mais à un tiers, tel un parti politique, le corrompu n'ayant pas en vue un enrichissement personnel. De plus, les autorités luxembourgeoises ont précisé qu'aucun lien n'est à démontrer entre l'agent public et le tiers, et qu'il importe peu que l'avantage ait été remis directement au tiers ou par l'intermédiaire du corrompu¹⁸.

Les autorités luxembourgeoises indiquent que le tiers bénéficiaire est punissable soit comme complice (dans la mesure où il a posé des actes qui ont facilité la préparation ou la consommation de l'infraction), soit comme receleur d'un objet ou d'une chose obtenue à l'aide d'une infraction.

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

La législation luxembourgeoise prévoit les deux côtés positifs (accomplir) et négatifs (s'abstenir d'accomplir) de la participation de l'agent public étranger.

Elle vise plus précisément l'acte de la fonction, de la mission ou du mandat de l'agent public (articles 247, 249 et 250) ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat (articles 247 et 249), reprenant ainsi les termes utilisés en droit français. La législation luxembourgeoise sanctionne par ailleurs le trafic d'influence commis envers un agent public (article 247, 2°).

¹⁷ Conseil d'Etat, avis du 15 février 2000.

¹⁸ Cette nuance complémentaire semble être parfaitement compatible avec les textes auparavant en vigueur, de sorte qu'elle ne constitue pas une véritable nouveauté. En effet, le droit précédemment en vigueur ne posait pas comme condition que l'avantage doive profiter directement et personnellement au corrompu. Ceci étant, il a paru opportun au législateur luxembourgeois, afin d'éviter à l'avenir toute discussion sur la portée des textes, ainsi que dans un souci de clarté et de sécurité juridique, d'adopter cette terminologie.

Les termes "acte de la fonction, de la mission, du mandat" s'entendent de « l'acte dont l'accomplissement, ou l'abstention, est imposée par les attributions légales ou réglementaires de la personne titulaire de cette fonction, de cette mission ou de ce mandat ». Cette notion inclut les actes figurant dans les attributions expresses du titulaire de la fonction ou de l'emploi, ainsi que plus largement tous ceux qu'impose la discipline de la fonction, résulterait-elle, non de textes, mais uniquement d'une sorte de déontologie informulée, bien que certaine. Il importe peu que le fonctionnaire ou l'élu n'ait pas le pouvoir d'accomplir seul l'acte dont il accepte de traiter, s'il a disposé, contre rémunération, de sa part dans un pouvoir collectif. Il est sans importance également que le fonctionnaire n'ait pas le pouvoir d'accomplir lui-même l'acte dont il trafique, s'il entre dans ses attributions d'en préparer l'accomplissement par des actes préalables¹⁹.

Le texte ne distinguant pas les actes pour lesquels l'agent dispose soit d'une compétence discrétionnaire, soit d'une compétence liée, les deux hypothèses sont couvertes.

Plus particulièrement, pour les personnes investies d'un mandat électif public, leur fonction est d'émettre des opinions en assemblée, de délibérer et de voter ; elle est aussi de préparer par des rapports les délibérations de ces assemblées. L'acte du mandat est donc celui qui est relatif à ces activités et il doit être distingué des démarches et des interventions facilitées par l'influence dont les élus bénéficient auprès des pouvoirs publics. Le trafic des actes du mandat constitue seul la corruption, alors que le trafic portant sur les démarches ou les interventions relève du trafic d'influence²⁰.

L'acte facilité par la fonction, la mission ou le mandat est tout acte qui, bien que ne ressortissant pas aux prérogatives expressément concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, a cependant été rendu possible par elles en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte. Il en est ainsi par exemple du fonctionnaire subalterne qui profite de sa situation pour consulter des dossiers auxquels il n'a pas normalement accès et monnaye les informations ainsi surprises²¹.

Les actes facilités par la fonction ne sont pas prévus à l'article 250 relatif à la corruption de magistrats. Les autorités luxembourgeoises estiment que la sévérité accrue de l'article 250 visant des fonctions spécifiques, il n'est pas applicable aux actes facilités par la fonction, pour lesquels les magistrats sont sanctionnés comme tout autre agent public, selon l'article 247.

Selon les autorités luxembourgeoises, les juridictions luxembourgeoises devront se référer aux dispositions réglant les attributions de l'agent public étranger pour déterminer si l'acte commis par lui est un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. Elles précisent toutefois que cette exigence ne sera pas une entrave à l'exercice des poursuites pénales, dans la mesure où, en vertu du principe de liberté de la preuve en droit pénal, le juge apprécie souverainement les éléments qui lui sont présentés pour déterminer si les conditions de l'infraction sont réunies. Il appréciera donc, au vu des éléments de l'espèce, si l'acte est un acte de la fonction ou facilité par elle, cette conviction n'exigeant pas qu'il se réfère strictement aux lois et aux règlements prévoyant les attributions de l'agent public étranger ; le juge pourra également se référer aux principes de déontologie de la fonction publique.

Le trafic d'influence : La loi du 15 janvier 2001 propose l'introduction en droit pénal luxembourgeois de l'infraction de trafic d'influence. Les textes afférents sont repris du Nouveau Code pénal français. Le trafic d'influence se distingue de la corruption par le but recherché, à savoir que l'agent public « abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés, ou toute autre décision favorable » (article 247, 2°).

¹⁹ JCL Pénal, op. cit., No 97 à 105

²⁰ JCL Pénal, op. cit., No 103

²¹ JCL Pénal, op. cit., No 115 et 107

L'agent public ne se place pas dans le cadre de ses fonctions, mais, contrairement à la corruption, en dehors : il use ou, mieux, abuse du crédit qu'il possède (ou qu'on croit qu'il possède) du fait de sa position dans l'administration, du fait aussi des relations d'amitié qu'il a pu nouer avec d'autres personnes, ou des liens de collaboration qui se sont tissés entre lui et les fonctionnaires d'autres services publics. En d'autres termes, le coupable trafique, non de sa fonction, mais de sa qualité. L'influence dont il se prévaut peut être "réelle ou supposée"²².

Les faveurs dont le trafic est interdit sont l'obtention "d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable". Les autorités ou administrations appartiennent aux ordres législatifs, administratifs ou judiciaires²³.

Est aussi sanctionné, bien que de peines moindres, le fait pour un particulier de conclure avec un autre particulier un tel "pacte" en vue d'abuser de son influence à ces mêmes fins, et le fait pour le deuxième de céder aux sollicitations du premier ou de lui proposer le "pacte" (article 248)²⁴.

1.1.9 En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international

Les dispositions législatives luxembourgeoises relatives à la corruption ne mentionnent pas spécifiquement l'objectif ni la sphère d'activité de la corruption : Selon les autorités luxembourgeoises, quel que soit l'objectif poursuivi, y compris celui d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu, celui-ci est couvert par la loi. De même, l'infraction de corruption d'un agent public étranger n'est pas limitée à l'obtention d'avantages dans la sphère du commerce international, le champ d'activité étant indifférent à la qualification des faits.

1.2 Complicité

L'article 1 paragraphe 2 de la Convention oblige les parties contractantes à 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.

L'article 66 du Code pénal dispose que « seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit : (i) ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution ; (ii) ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis ; (iii) ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit ; (iv) ceux qui, soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des placards affichés, soit par des écrits-imprimés ou non et vendus ou distribués, auront provoqué directement à le commettre, sans préjudice des deux dernières dispositions de l'article 1er de la loi du 20 juillet 1869. »

L'article 67 du Code pénal dispose quant à lui que « seront punis comme complices d'un crime ou d'un délit : (i) ceux qui auront donné des instructions pour le commettre ; (ii) ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui a servi au crime ou au délit, sachant qu'ils devaient y servir ; (iii) ceux qui, hors les cas prévus par le § 3 de l'article 66, auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'on consommé ».

²² JCL Pénal, Art. 432-11, No 119 à 121.

²³ JCL Pénal, op. cit., No 129

²⁴ Un exemple de cette dernière hypothèse est celle "d'un simple particulier qui offrirait de rémunérer une personne privée, ami d'un magistrat, pour qu'elle intervienne auprès de celui-ci afin que soit classé sans suite un procès-verbal constatant une infraction" (JCL Pénal, Art. 433-1 et 43-2, No 28).

Selon les autorités luxembourgeoises, l'instigation et l'autorisation devraient être couvertes par ces dispositions.

Les coauteurs sont punis comme les auteurs (article 66), tandis que les complices d'un crime sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient auteurs du crime (article 69), soit un emprisonnement de trois mois au moins²⁵ en cas de corruption « classique » ou postérieure, et la réclusion de cinq à dix ans en cas de corruption de magistrat. Par ailleurs les autorités luxembourgeoises précisent que l'infraction n'a pas à être consommée pour que la complicité soit sanctionnée.

1.3 Tentative et complot

L'article 1 paragraphe 2 de la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public dans cette Partie constituent une telle infraction.

Tentative

En droit luxembourgeois, « il y a tentative punissable, lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur » (article 51 du Code pénal). Donc, si le particulier retire volontairement sa proposition avant qu'elle n'ait été acceptée ou refusée par l'agent public, il s'est désisté volontairement de l'infraction et n'a pas commis de tentative²⁶.

La corruption étant un crime, sa tentative est punissable de plein droit (ce qui n'est pas le cas des délits). La tentative étant punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même²⁷, la tentative de corruption est punie d'un emprisonnement de trois mois au moins²⁸ en cas de corruption « classique » ou postérieure, et de la réclusion de cinq à dix ans en cas de corruption de magistrat.

Complot

Le complot, au sens du droit anglo-saxon (*conspiracy*) n'est pas punissable en droit luxembourgeois²⁹. Si cette hypothèse n'est pas punissable en tant qu'infraction de complot elle pourrait par contre être poursuivie du fait d'association de malfaiteurs ou d'organisation criminelle³⁰. Ces infractions constitueraient de plus des circonstances aggravantes de fait dans le prononcé des peines pour corruption.

²⁵ En tout état de cause, l'emprisonnement, peine correctionnelle, est de 5 ans au plus (article 15 du Code pénal).

²⁶ RIGAUX et TROUSSE, op. cit., p. 312

²⁷ article 52 du Code pénal

²⁸ En tout état de cause, l'emprisonnement, peine correctionnelle, est de 5 ans au plus (article 15 du Code pénal).

²⁹ Le terme de "complot" est utilisé en droit pénal luxembourgeois dans un contexte bien particulier qui est celui des complots contre le Grand-Duc, contre la famille royale grand-ducale et contre la forme du Gouvernement (articles 101 et suivants du Code pénal).

³⁰ Articles 322 et 324bis du Code pénal.

2. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

En vertu de l'article 2 de la Convention, chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger.

2.1. Responsabilité pénale des personnes morales

A ce jour, le système juridique luxembourgeois ne connaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. La responsabilité pénale étant individuelle, dans le système actuel de la législation luxembourgeoise, une peine ne peut être prononcée que contre un être réel, auteur de l'infraction, mais pas contre un être moral.

En cas d'infraction à la loi pénale commise dans le cadre d'une personne morale, l'adage "*Societas delinquere non potest*" a comme corollaire que ce sont les personnes physiques qui, par leurs agissements se sont substituées individuellement à la société commerciale, qui sont à considérer comme auteurs de l'infraction. Ces personnes physiques sont responsables non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individus ayant commis l'acte illicite. Les juges sont ainsi appelés à constater quelle est la personne physique par la faute de laquelle l'être fictif de la société a été amené à contrevenir à la loi pénale.

Dans un avis du 15 février 2000, le Conseil d'Etat a estimé que le texte du projet de loi à lui soumis ne prévoyait pas de sanctions répondant aux exigences de l'article 3 paragraphes 2 et 4 de la Convention. Il a ainsi déclaré que « la Convention n'est de ce fait pas transposée correctement dans notre droit interne ».

Les autorités luxembourgeoises ont tenu à préciser qu'un groupe de travail au sein du Ministère de la Justice est actuellement chargé d'élaborer une réforme qui va dans le sens de l'introduction du principe de responsabilité pénale des personnes morales. Elles ont précisé qu'un projet de loi devrait être déposé devant le Parlement fin 2001.

2.2. Responsabilité non pénale des personnes morales

Selon les autorités luxembourgeoises, une sanction indirecte existe, puisque les sociétés commerciales qui poursuivent des activités contraires à la loi pénale peuvent être dissoutes et mises en liquidation. Cependant, le Conseil d'Etat a rappelé que « s'il est exact qu'aux termes de l'article 203 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales le Tribunal d'Arrondissement peut prononcer la dissolution et ordonner la liquidation de toute société qui poursuit des activités contraires à la loi pénale, il n'en reste pas moins que cette disposition est loin de constituer une mesure pouvant être considérée comme transposant complètement la Convention. L'article 18 de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif contient certes une disposition analogue, mais la manière d'agir à l'encontre d'autres personnes morales, tels les établissements publics ou autres associations, ne semble pas donnée. Le fait est d'ailleurs que la sanction prévue de la dissolution de la personne morale visée peut le cas échéant être considérée comme peu appropriée et disproportionnée au fait commis. »

Le Conseil d'Etat conclut que le droit luxembourgeois doit être complété, et fait des propositions tant en ce qui concerne l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois, que sur les différentes sanctions envisageables en cas de corruption d'agents publics étrangers.

Le droit luxembourgeois n'est donc pas en conformité avec les articles 2 et 3 de la Convention, en ce qui concerne les personnes morales.

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. La Convention exige également que, pour les personnes physiques, les sanctions pénales incluent des «mesures privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition». Dans tous les cas, la Convention exige que chaque Partie prenne les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits pourront faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires «d'un effet comparable» soient prévues. Finalement, la Convention demande à chaque Partie d'envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

Au Luxembourg, la corruption d'agents publics étrangers est punie des mêmes peines que la corruption d'agents publics nationaux. La loi procède ainsi par assimilation (article 252).

3.1 Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers

3.2

Le système luxembourgeois ne prévoit pas de sanctions pénales qui seraient applicables aux personnes morales en cas de corruption d'agents publics étrangers.

En ce qui concerne les personnes physiques, les articles 247 et 249 prévoient une peine privative de liberté de cinq à dix ans et une amende de 20.000 francs luxembourgeois à 7.500.00 francs. La loi fait une distinction selon que l'agent public (national ou étranger) assume des fonctions judiciaires ou non, les peines étant portées à la réclusion de dix à quinze ans et une amende de 100.000 francs à 10.000.000 francs, lorsque l'infraction implique un « magistrat ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, tout arbitre ou expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties »³¹.

La détermination de la peine dans ces limites relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et n'est pas encadrée par des critères autres que l'article 28 du Code pénal, qui prévoit que le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ainsi que des ressources et des charges des prévenus. Le choix de la peine dans ces limites n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation et n'a pas à être motivée. Toutefois, en pratique, les juges tiennent compte de multiples facteurs, parmi lesquels l'importance du préjudice, le caractère répétitif ou organisé des agissements, les antécédents judiciaires de l'auteur, etc.

Les juridictions répressives sont autorisées à appliquer des peines moins fortes que celles prévues par le texte pénal enfreint si elles estiment qu'il y a lieu d'appliquer dans le chef du prévenu des circonstances atténuantes³². Ainsi des faits sanctionnés par les textes de la réclusion de cinq à dix ans peuvent n'être punis par le juge du fond que d'un emprisonnement de trois mois au moins³³ et le minimum de l'amende est abaissé à 10.001 francs. De plus le juge peut alors décider de n'infliger qu'une des peines d'emprisonnement ou d'amende³⁴. Dans ces circonstances l'infraction change de nature : le crime se transforme en délit, cette décriminalisation ayant des conséquences juridiques. Le Code pénal ne prévoit pas de liste des circonstances atténuantes disponibles, leur application étant

³¹ 100 francs luxembourgeois équivalent à 2,47894 euros, et à 2,36 dollars américains (au 12 janvier 2001). Soit, pour les articles 247 et 249 une amende de 496 à 185 920 euros.

³² articles 73 à 79 du Code pénal

³³ Article 74 du Code pénal modifié. En tout état de cause, l'emprisonnement, peine correctionnelle, est de 5 ans au plus (article 15 du Code pénal).

³⁴ Article 20 du Code pénal.

laissée à la libre appréciation du juge. Elles peuvent comprendre, entre autres, le peu de gravité de l'infraction, l'absence d'antécédents de l'accusé, le repentir et la collaboration avec les autorités, voire la "contrainte" exercée par l'agent public. Les autorités luxembourgeoises indiquent que ces possibilités, qui ne sont pas spécifiques aux infractions de corruption, ne devraient pas s'appliquer aux cas de corruption active d'agent public étranger prévus par la Convention, mais plutôt aux cas de « petite corruption », comme par exemple les paiement de facilitation.

Enfin, les mesures de mise à l'épreuve d'un délinquant, à savoir la suspension prononcée de la condamnation ou le sursis à l'exécution d'une peine peuvent être prononcées indépendamment de l'infraction de base qui a motivé la condamnation du prévenu, et donc en cas de corruption³⁵.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

Les peines privatives de liberté sont suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace.

En effet, selon l'article 5 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, l'une des conditions que doit remplir la demande d'entraide est que « le fait à la base de la demande doit être susceptible d'être qualifié de crime ou de délit, punissable d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins une année en vertu de la loi luxembourgeoise et de la loi de l'Etat requérant ».

3.4 Sanctions et extradition

Selon les autorités luxembourgeoises, en application de l'article 2 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, donneront lieu à extradition les faits punis d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. Les peines prévues sont dès lors couvertes par cette disposition.

3.5. Sanctions non pénales applicables aux personnes morales en cas de corruption d'agents publics étrangers

Le système luxembourgeois ne prévoit pas de sanctions non pénales qui seraient applicables aux personnes morales en cas de corruption d'agents publics étrangers, autrement que la dissolution de cette personne morale.

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

Saisie

Selon les autorités luxembourgeoises, tant les instruments que les produits de la corruption sont couverts par les dispositions relatives aux saisies³⁶. Le juge d'instruction peut opérer la saisie de tous les objets et autres choses qui ont été produites par l'infraction ou qui ont été acquises à l'aide du produit de l'infraction.

Confiscation

L'article 31 actuel du code pénal prévoit que « la confiscation spéciale s'applique : aux choses formant l'objet de l'infraction ; aux choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné ; aux choses qui ont été produites par l'infraction ou qui ont été acquises à l'aide du produit de l'infraction ». Ce même article ajoute que « le jugement qui ordonne la confiscation prononce, pour le cas où celle-ci ne pourrait être exécutée, une amende qui ne dépasse pas la valeur de la chose confisquée. Cette amende a le caractère d'une peine ». Ainsi, la

³⁵ articles 619 et suivants du Code d'instruction criminelle

³⁶ par application des articles 66 et suivants du Code d'instruction criminelle relatifs aux saisies

confiscation des biens appartenant à un tiers ou une personne morale n'est possible qu'envers le produit et non l'instrument de la corruption.

L'article 32 prévoit que « la confiscation spéciale est toujours prononcée pour crime », cas de la corruption, et qu'elle peut l'être pour les délits.

Les autorités luxembourgeoises indiquent qu'il est actuellement prévu de modifier l'article 31 du code pénal en généralisant la possibilité de prononcer une confiscation par équivalent.

Coopération internationale en matière de saisie et de confiscation

Aux fins de coopération internationale en matière de saisie et de confiscation, le Luxembourg a signé 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 le 28 septembre 1992. Un projet de loi portant approbation de la Convention est actuellement examiné au sein de la Commission juridique de la Chambre des Députés³⁷.

3.8 Sanctions complémentaires civiles, administratives et pénales

L'article 10 du Code Pénal prévoit des déchéances : la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics est obligatoirement prononcée en cas de condamnation à la réclusion (plus de 5 ans), ce qui sera normalement le cas de la corruption.

En outre, à l'encontre des personnes condamnées à la réclusion de cinq à dix ans, l'interdiction des droits suivants peut être prononcée en tout ou en partie, à vie ou pour dix à vingt ans. Il s'agit du droit : de remplir des fonctions, emplois ou offices publics; de vote, d'élection, d'éligibilité; de porter aucune décoration; d'être expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; de faire partie d'aucun conseil de famille, de remplir aucune fonction dans un régime de protection des incapables mineurs ou majeurs (...); de port ou de détention d'armes; de tenir école ou d'enseigner ou d'être employé dans un établissement d'enseignement (articles 11 et 12 du Code Pénal).

Il existe en outre des sanctions administratives indirectes, la condamnation pour corruption entraînant un défaut d'honorabilité préjudiciable à certaines activités économiques. Ainsi, les autorités judiciaires utilisent leur possibilité d'intervenir auprès des ministères et administrations pour faire révoquer une autorisation accordée, et ce sur base du défaut d'honorabilité suite à une condamnation pénale (ex. révocation de l'autorisation d'établissement de commerce, impossibilité de concourir à l'obtention de marchés publics³⁸, ...). Les autorités luxembourgeoises précisent que si la personne physique condamnée est un dirigeant d'une personne morale, cette révocation d'autorisation s'appliquera par ricochet à la personne morale.

4. ART. 4 - COMPETENCE

L'article 4 de la Convention exige que chaque Partie établisse sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire, que l'acte de corruption soit le fait d'un ressortissant de la dite Partie ou non. La Convention exige également des États qui ont compétence pour poursuivre leurs ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. Les Commentaires précisent que la

³⁷ De plus le Luxembourg a approuvé, par loi du 17 mars 1992, la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne le 20 décembre 1988.

³⁸ Article 23 paragraphe 1 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 portant application en droit luxembourgeois des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

compétence territoriale devrait être interprétée largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.

4.1 Compétence territoriale

L'article 7ter du code d'instruction criminelle dispose que « Est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg ». Il suffit dès lors qu'un acte caractérisant un des éléments constitutifs ait été accompli au Luxembourg et il n'est donc pas nécessaire qu'un des éléments constitutifs se fût réalisé sur le territoire luxembourgeois³⁹. Les autorités luxembourgeoises donnent comme exemple le cas d'une escroquerie où les manœuvres et les victimes se trouvent à l'étranger et où les fonds sont déposés dans une banque au Luxembourg. De même les autorités luxembourgeoises indiquent que le transit du pot-de-vin sur un compte luxembourgeois est suffisant à établir leur compétence territoriale. Enfin, les autorités luxembourgeoises indiquent que la complicité au Luxembourg d'actes commis à l'étranger est suffisante pour établir leur compétence. Par ailleurs, selon la théorie de l'ubiquité, l'infraction est localisée indifféremment au lieu de la réalisation de l'acte ou en celui de la production du résultat.

4.2 Compétence fondée sur la nationalité

En application de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, « tout Luxembourgeois qui, hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi luxembourgeoise peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché ». Par ailleurs, la poursuite des infractions prévues à l'article 5 « n'aura lieu que si l'inculpé est trouvé dans le Grand-Duché ou si le Gouvernement obtient son extradition » (article 5 dernier alinéa).

La double incrimination n'est pas requise en cas de crimes, telle la corruption (article 5 alinéa 1), tandis que cette condition est requise en cas de délit⁴⁰ et donc dans les cas où la corruption sera décriminalisée par l'effet de circonstances atténuantes (article 5 alinéa 2).

Les autorités luxembourgeoises précisent qu'un dépôt de plainte ou une dénonciation ne constituent pas une condition à la poursuite du corrupteur. D'autre part, la dénonciation d'un autre Etat ne remet pas en cause le principe d'opportunité des poursuites⁴¹.

4.3 Procédures de consultation

L'article 4 de la Convention précise que lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée de corruption d'agents publics étrangers, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

L'article 42 du traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale prévoit la faculté de dénoncer des faits à une partie aux fins de poursuite, s'il paraît opportun aux autorités judiciaires d'une partie de voir exercer des poursuites par les autorités judiciaires d'une autre partie.

Cette même possibilité se trouve à l'article 21 de la Convention européenne d'entraide de 1959, ratifiée par le Luxembourg.

³⁹ Conseil d'Etat, avis du 15.02.00

⁴⁰ Il faut entendre par double incrimination la condition que le fait doit être puni par la législation du pays où il a été commis, même si la qualification pénale est différente.

⁴¹ Seuls le Procureur Général d'Etat et le Ministre de la Justice via le Procureur Général d'Etat disposent du pouvoir de donner des ordres de poursuites (articles 19 et 20 du CICR).

De plus, des consultations et éventuels transferts d'un cas vers un autre pays qui n'est pas lié avec le Luxembourg par une convention internationale peuvent être envisagés sous réserve de réciprocité. Cependant aucune demande émanant d'un Etat non partie à une Convention ne s'est produite.

4.4 Efficacité de la juridiction

Les autorités luxembourgeoises estiment qu'à défaut de problèmes concrets en pratique le fondement de la compétence territoriale et matérielle du Luxembourg est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers.

5. ART. 5 – MISE EN ŒUVRE

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. Elle 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

Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger s'effectuent suivant les règles générales établies par le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.

Ainsi, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le ministère public est seul maître pour apprécier la suite à donner à une plainte ou une dénonciation⁴². Les autorités luxembourgeoises indiquent cependant que la mise en œuvre du principe d'opportunité des poursuites implique nécessairement l'appréciation du trouble à l'ordre public occasionné par les faits et cette appréciation tient compte de leur caractère de gravité, lequel peut être apprécié notamment en fonction du montant du pot-de-vin.

A cet effet, le Procureur d'Etat procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. Il revient donc au seul Procureur d'Etat, à l'exclusion de tous autres magistrats et même de ses supérieurs hiérarchiques, de pouvoir classer sans suites une affaire⁴³. Le Procureur doit motiver ses décisions de classement, et peut revenir sur sa décision, notamment si de nouveaux éléments lui sont communiqués.

Si la décision de classement appartient au seul ministère public, l'action publique peut aussi être déclenchée en cas de saisine du tribunal par une citation directe de la victime ou par une constitution de partie civile, et il appartient au Ministre de la Justice et au Procureur Général d'Etat et au Ministre de la Justice via celui-là de donner des ordres de poursuites.

En droit luxembourgeois, il appartient au demandeur à l'action publique et civile d'établir le bien-fondé de sa demande.

En application des règles générales relatives à l'action civile, une demande en réparation d'un dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Selon la jurisprudence, le préjudice doit être certain, personnel et direct. Les autorités luxembourgeoises n'excluent pas que le concurrent malheureux évincé d'un marché du fait du pot-de-vin offert à l'agent public étranger par une autre entreprise puisse être considéré comme victime de la corruption, mais elles ne disposent pas de jurisprudence en

⁴² L'appréciation du Parquet est souveraine, et rien ne l'obligerait à se conformer à des critères ou des lignes directrices qui pourraient être définis par une circulaire de politique pénale du Ministère.

⁴³ Les autorités hiérarchiques du Procureur d'Etat, que ce soit le Ministre de la Justice ou le Procureur Général d'Etat, n'ont pas le droit de donner des ordres de non poursuite.

ce sens. Ainsi le concurrent pourra probablement déclencher l'action publique, même s'il n'est pas certain qu'il soit finalement reconnu victime.

5.2 Considérations d'intérêt économique, politique ou autre

Selon les autorités luxembourgeoises, les enquêtes et poursuites en cas de corruption ne sont pas influencées par des considérations d'intérêts économiques, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause, du fait même de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif.

Ainsi, si le Ministre de la Justice peut dénoncer des infractions au Procureur Général d'Etat et lui enjoindre d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente, il ne peut en aucun cas donner au Procureur d'Etat des ordres de s'abstenir d'une poursuite déterminée.

Par contre, l'article 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale prévoit que « l'entraide judiciaire peut être refusée par le procureur général d'Etat si la demande d'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Grand-Duché de Luxembourg (...) ». De plus, « sous réserve des dispositions prévues par des conventions, toute demande d'entraide est refusée si elle a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise ». Cependant, au cas où l'infraction de droit commun, telle la corruption, peut exister indépendamment de l'infraction fiscale, l'entraide sera accordée.

6. ART. 6 - PRESCRIPTION

La corruption active d'agent public étranger étant un crime, l'action publique se prescrit après dix années révolues à compter du jour où le crime aura été commis⁴⁴. Le délai de prescription peut être interrompu par des actes d'instruction ou de poursuite au Luxembourg (article 637 du Code d'Instruction criminelle). Bien que théoriquement le délai de prescription puisse être interrompu indéfiniment, il est tenu compte de l'exigence du délai raisonnable tel que requis par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Auparavant, d'après la jurisprudence, si le crime était décriminalisé du fait de circonstances atténuantes, le fait était alors considéré *ab initio* comme étant un délit et le délai de prescription passait de dix à trois ans. Or l'engagement tardif de l'action publique peut se concevoir en présence d'une infraction qui ne produit pas un préjudice immédiat et qu'aucune des personnes qui en sont au courant n'ont un intérêt à dévoiler, tels les cas de la corruption et du trafic d'influence. Si, dans les cas où les tribunaux estiment que des peines délictuelles sont suffisantes, l'action publique n'a pu être mise en mouvement que trois ans après les faits, alors la décriminalisation entraîne nécessairement le constat de la prescription de l'action publique.

La loi du 15 janvier 2001 modifie cette solution, le délai n'étant plus modifié par l'effet de la décriminalisation éventuelle. Les autorités luxembourgeoises ont estimé que ce changement était particulièrement important pour l'infraction de corruption, qui représente une criminalité secrète et qui n'a pas de victime directe subissant un préjudice immédiatement perceptible⁴⁵.

Les peines portées par les jugements rendus en matière criminelle se prescrivent par vingt années révolues, à compter de la date des arrêts ou jugements (art. 635 du Code d'Instruction criminelle).

⁴⁴ Selon les autorités luxembourgeoises, la date à prendre en compte peut être par exemple la date à laquelle le pacte de corruption a été conclu, la date du dernier pot-de-vin versé ou la date de l'acte commis par l'agent public.

⁴⁵ Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé qu'une réflexion d'ensemble sur les délais de prescription des infractions était nécessaire au Luxembourg.

7. ART. 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 de capitaux prendra 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 Corruption d'agents publics luxembourgeois et étrangers

7.2

La loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au Code pénal et modifiant diverses lois spéciales a étendu à la corruption la liste des infractions principales aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment.

Ainsi, l'article 506-1 nouveau du Code pénal punit « d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 50.000 à 50.000.000 francs luxembourgeois ou de l'une de ces peines seulement :

- 1) ceux qui ont sciemment facilité, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou revenus tirés (...) d'une infraction de corruption.
- 2) ceux qui ont sciemment apporté leur concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'objet ou du produit direct ou indirect des infractions visées au point 1) ;
- 3) ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé l'objet ou le produit direct ou indirect des infractions visées au point 1), sachant, au moment où ils le recevaient, qu'il provenait de l'une des infractions visées au point 1) ou de la participation à l'une de ces infractions ;
- 4) La tentative des infractions prévues aux points 1 à 3 ci-avant est punie des mêmes peines. »

Les autorités luxembourgeoises ont précisé que la référence à l'infraction de corruption visait la corruption d'agent public national ou étranger. L'infraction de blanchiment est également punissable lorsque l'infraction primaire de corruption a été commise à l'étranger. Toutefois, l'infraction doit être punissable dans l'Etat où elle a été commise (article 506-3 du Code pénal).

Selon les autorités luxembourgeoises, l'infraction de blanchiment est applicable tant au pot-de-vin qu'aux produits de la corruption.

Enfin cette loi étend le mécanisme de détection et de prévention du blanchiment, jusqu'ici limité au secteur financier, à d'autres professions. Ainsi elle a créé envers les notaires, les casinos et établissements de jeux de hasard similaires, et les réviseurs d'entreprises l'obligation « d'informer de leur propre initiative et dans les meilleurs délais le Procureur d'Etat de tout fait dont ils ont connaissance qui pourrait être l'indice d'un acte de blanchiment ». Par ailleurs la loi crée l'obligation, pour les notaires, de connaître l'identité du bénéficiaire réel de toute opération, en relation avec l'acte à la réception duquel ils procèdent dès qu'il y a soupçon de blanchiment, ou lorsque le montant est d'au moins 500.000 francs luxembourgeois.

8. ART. 8 - NORMES COMPTABLES

8.1 Tenue des livres et états comptables

Le droit luxembourgeois comprend des dispositions générales applicables aux commerçants, personnes physiques ou personnes morales, sur la tenue des livres de commerce. En particulier, l'article 8 du code de commerce impose que toutes les opérations soient reprises dans un livre journal unique ou des journaux auxiliaires spécialisés, de sorte qu'il n'est pas autorisé de tenir des comptes hors livres qui ne seraient pas repris dans la comptabilité.

L'article 9 du code de commerce impose la conservation de tous les pièces justificatives afin de permettre, le cas échéant, de procéder à une vérification sur base des pièces comptables des opérations qui ont été comptabilisées.

Les autorités luxembourgeoises ajoutent que le faux et l'usage de faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées sont prohibés d'une façon générale par le droit pénal luxembourgeois. En outre le droit des sociétés luxembourgeois prévoit une prévention particulière visant les faux bilans.

De plus, l'article 577 du code de commerce considère comme banqueroute frauduleuse le fait de frauduleusement enlever, effacer ou altérer le contenu des livres et/ou le fait de se reconnaître frauduleusement débiteur de sommes qu'on ne doit pas dans un bilan.

8.2 Entreprises soumises à ces lois et règlements

Les dispositions du code de commerce sont applicables aux commerçants, personnes physiques ou morales. Les dispositions du code pénal en matière de faux sont applicables à toute personne qui se rend coupable des faits énoncés. Les dispositions de la loi sur les sociétés sont applicables aux sociétés commerciales.

Les organes, administrations et services de l'Etat sont quant à eux soumis à la loi sur la comptabilité de l'Etat.

8.3 Sanctions en cas d'omissions ou falsifications

Selon les autorités luxembourgeoises, en cas de non respect des dispositions du code de commerce, les livres ne peuvent plus être représentés ou faire foi en justice.

Le faux en écritures de commerce, de banque, ou en écritures privé est sanctionné d'une peine de réclusion de cinq à dix ans.

De même, la loi sur les sociétés prévoit une peine de réclusion ou une amende de 200.000 francs à 1.000.000 francs (4.957,87 euro à 24.789,35 euro) pour la présentation de faux bilan.

Enfin, l'article 489 du Code pénal prévoit pour les banqueroutiers frauduleux une peine de réclusion de cinq à dix ans.

Par ailleurs, les autorités luxembourgeoises indiquent que les sociétés sont obligées d'avoir recours à un commissaire aux comptes pour la vérification des comptes qu'elles établissent. A partir d'un certain seuil⁴⁶, les sociétés sont obligées de recourir à un réviseur externe ayant le statut de réviseur d'entreprises. L'institut des Réviseurs d'Entreprises établit des recommandations en matière d'établissement ou de révision des comptes. Les irrégularités constatées sont relevées dans le rapport que doit établir le commissaire aux comptes ou le réviseur d'entreprises au terme de son examen, ce rapport devant en outre être déposé au registre de commerce accessible au public⁴⁷.

En ce qui concerne le contrôle interne, le Luxembourg ne dispose pas d'une législation imposant un tel contrôle interne à l'exception de dispositions visant certains secteurs réglementés. Ainsi en est-il des banques et autres professions du secteur financier depuis 1998, et des organes, administrations et services de l'Etat depuis l'année dernière.

9. ART. 9 - ENTRAIDE JUDICIAIRE

La Convention de l'OCDE exige de chaque Partie, «autant que le permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents», d'accorder 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

⁴⁶ Le recours à un réviseur externe est imposé lorsque une société dépasse pendant deux exercices consécutifs deux des trois critères suivants : total du bilan de 3,125 millions d'euros ; montant net du chiffre d'affaires de 6,25 millions d'euros ; 50 membres du personnel employés à plein temps.

⁴⁷ article 252 de la loi modifiée de 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

de la Convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention, engagées par une Partie contre des personnes morales. La Convention établit également la double criminalité lorsque son existence est une condition pour le pays d'accorder l'entraide judiciaire. Finalement, la Convention exige des Parties à ne pas refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités, accords permettant l'entraide judiciaire mutuelle

Au Luxembourg, l'entraide judiciaire repose sur différents instruments juridiques :

- la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ;
- Le Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas du 27 juin 1962, approuvé par le Luxembourg par la loi du 26 février 1965 ; ce Traité Benelux est complété par un protocole du 11 mai 1974, approuvé par une loi luxembourgeoise du 20 juin 1977 (textes applicables aux seules relations entre les pays Benelux) ;
- La Convention d'application des Accords de Shengen du 19 juin 1990 ;
- La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959. 39 États, dont le Luxembourg, ont ratifié cette convention sous l'égide du Conseil de l'Europe ; par ailleurs le Luxembourg a ratifié le protocole additionnel à cette Convention le 2 octobre 2000, avec entrée en vigueur le 31 décembre 2000 ;
- Deux traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale ont été signés. L'un avec l'Australie le 24 octobre 1988, approuvé par une loi du 10 janvier 1994 ; et l'autre avec les États-Unis le 13 mars 1997, approuvé par une loi du 23 novembre 2000.

La loi du 8 août 2000 « est applicable aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale qui tendent à faire opérer au Grand-Duché une saisie, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue et qui émanent : d'autorités judiciaires d'Etats requérants qui ne sont pas liés au Grand-Duché de Luxembourg par un accord international en matière d'entraide judiciaire ; d'autorités judiciaires d'Etats requérants qui sont liés au Grand-Duché de Luxembourg par un accord international en matière d'entraide judiciaire, à moins que les dispositions de la présente loi soient contraires à celles de l'accord international ; d'une autorité judiciaire internationale reconnue par le Grand-Duché de Luxembourg » (article 1^{er}).

Par ailleurs, les conditions sous lesquelles l'entraide peut être accordée sont posées par l'article 5, les autorités compétentes pour l'exécution de la demande sont déterminées par l'article 6, et l'article 7 prévoit que « les affaires d'entraide judiciaire sont traitées comme affaires urgentes et prioritaires. L'autorité requise informe l'autorité requérante de l'état de la procédure et de tout retard ».

Selon les autorités luxembourgeoises, les instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire auxquels le Luxembourg est partie permettent une entraide judiciaire prompt et efficace dans les domaines qui tombent sous le champ d'application de ces conventions. En particulier, les autorités luxembourgeoises estiment que l'absence de responsabilité pénale des personnes morales au Luxembourg n'empêcherait pas l'entraide, tant qu'une personne physique (même non identifiée) est également poursuivie.

9.2 Double incrimination

Le Luxembourg subordonne l'entraide judiciaire à l'exigence de la double punissabilité, selon l'article 5 de la loi du 8 août 2000 (cf. point 3.3).

Selon les autorités luxembourgeoises, il n'est pas exigé une concordance parfaite des éléments constitutifs des infractions dans les deux droits nationaux, et il suffit que le fait soit punissable en droit

luxembourgeois, même sous une autre qualification pénale, pour que l'entraide soit accordée. La corruption étant punissable en droit luxembourgeois, la double punissabilité existe.

Selon les autorités luxembourgeoises, la condition de double punissabilité est présumée remplie si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la Convention.

9.3 Secret bancaire

Selon les autorités luxembourgeoises, le secret bancaire⁴⁸ n'est pas une raison de refuser l'entraide en matière pénale. En effet, en application de l'article 40 paragraphe 1 de la loi modifiée du 5 avril 1993, le professionnel concerné est obligé de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légale que les autorités chargées de l'application des lois lui adressent dans l'exercice de leurs compétences. Ainsi le secret bancaire n'est pas opposable à une ordonnance du juge d'instruction, ce qui signifie que jamais le banquier ne pourrait l'invoquer pour refuser l'exécution d'une demande d'entraide avec commission rogatoire.

Par ailleurs la loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au Code pénal et modifiant diverses lois spéciales a créé envers les notaires, les casinos et établissements de jeux de hasard similaires, et les réviseurs d'entreprises l'obligation, sous peine d'amende, « de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légales que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leurs compétences ».

10. ART. 10 - EXTRADITION

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

Au Luxembourg, la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu des textes suivants :

- La loi du 13 mars 1870 sur l'extradition des malfaiteurs étrangers ;
- La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, qui prévoit, en son article 2, la condition 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. 40 États, dont le Luxembourg, ont ratifié cette Convention ;
- Le traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962 prévoit quant à lui un seuil de 6 mois d'emprisonnement ;
- Les traités bilatéraux d'extradition avec l'Australie et les Etats-Unis.
- Un projet de loi portant approbation de la Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne a été déposé à la Chambre des Députés pour examen.

La loi du 13 mars 1870 sur l'extradition des malfaiteurs étrangers prévoit que « le Gouvernement pourra livrer aux Gouvernements des pays étrangers, à charge de réciprocité, tout étranger mis en prévention ou en accusation, ou condamné par les tribunaux desdits pays, pour l'un des faits énumérés ci-après qui auront été commis sur leur territoire : (...) pour corruption de fonctionnaires publics (articles 246 à 256) ».

⁴⁸

Le secret bancaire, variante du secret professionnel à respecter par les professionnels du secteur financier, résulte de l'article 41 (annexé) de la loi modifiée du 5 avril 1993.

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

Le Luxembourg a déclaré considérer la présente convention comme base juridique pour l'extradition entre le Luxembourg et une autre Partie.

10.3 Extradition de ressortissants

10.4

Le Luxembourg ne prévoit pas l'extradition de ses nationaux, la loi d'extradition n'étant applicable qu'aux étrangers. De plus, le Luxembourg a fait une réserve à l'article 6 de la Convention européenne d'extradition de 1957 précisant qu'il n'accordera ni l'extradition ni le transit de ses « ressortissants », à savoir ses nationaux et les étrangers intégrés dans la communauté luxembourgeoise⁴⁹. Cette réserve reprend une solution jurisprudentielle ancienne⁵⁰. Par étrangers intégrés dans la communauté luxembourgeoise, il faut, selon les autorités luxembourgeoises, apprécier la situation de la personne *in concreto*, en tenant compte de la durée de résidence au Luxembourg, de l'intégration de sa famille à la société (scolarisation des enfants et pratique de la langue notamment), et de l'intégration professionnelle de la personne.

Dans l'hypothèse où la nationalité constitue le seul motif de refus d'extrader une personne, les autorités luxembourgeoises précisent que l'autorité qui demande l'extradition peut toujours dénoncer les faits aux autorités luxembourgeoises aux fins de poursuites, si une telle possibilité est prévue par une convention bilatérale ou multilatérale⁵¹ à laquelle les pays concernés sont parties.

Lorsque l'extradition est demandée par un Etat non lié au Luxembourg par un traité d'extradition et en présence d'un refus d'extradition, la personne en question sera poursuivie par les tribunaux luxembourgeois si le critère de la nationalité constitue l'unique motif de refus, sous réserve de réciprocité (par application du principe *aut-dedere aut-judicare*) et du principe d'opportunité des poursuites.

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.

Le Luxembourg subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination en application de l'article 2 de la Convention européenne d'extradition, qui prévoit que donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la partie requérante et de la partie requise.

La corruption d'agent public étranger étant punie par le droit luxembourgeois, l'exigence de la double incrimination est remplie.

⁴⁹ « Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg déclare qu'en ce qui concerne le Grand-Duché de Luxembourg, il faut entendre par "ressortissants" au sens de la présente Convention, les personnes possédant la nationalité luxembourgeoise, ainsi que les étrangers qui se sont intégrés dans la communauté luxembourgeoise, pour autant qu'ils puissent être poursuivis au Luxembourg pour le fait pour lequel l'extradition est demandée. »

⁵⁰ Cour 23 janvier 1878, P. 1, 447. « Le Gouvernement luxembourgeois ne peut livrer aux Gouvernements étranger que (...) si l'individu dont l'extradition est réclamée n'a pas la qualité de Luxembourgeois. »

⁵¹ article 6, 2° de la Convention européenne d'extradition : « Si la Partie requise n'extrade pas son ressortissant, elle devra, sur la demande de la Partie requérante, soumettre l'affaire aux autorités compétentes afin que des poursuites judiciaires puissent être exercées s'il y a lieu. »

11. ART. 11 - AUTORITÉS RESPONSABLES

11.1 Désignation des autorités

L'article II de la loi du 15 janvier 2001 prévoit que « Le ministre ayant la Justice dans ses attributions et le Procureur général d'Etat, agissant dans le cadre de leurs attributions légales respectives, sont désignés comme autorités responsables pour les missions visées à l'article 11 de la Convention. »

Ainsi, d'une part l'autorité compétente aux fins de l'entraide judiciaire prévue à l'article 9 de la Convention est le Procureur général de l'Etat, en vertu de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, de même qu'en matière de concertation prévue à l'article 4 paragraphe 3 de la Convention, et d'autre part l'autorité compétente aux fins de l'extradition prévue à l'article 10 de la Convention est le Ministre de la Justice⁵².

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

La Recommandation révisée de 1997 invite instamment les pays Membres à appliquer rapidement la Recommandation de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, qui est libellée comme suit : [le Conseil recommande] « que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. » De la même manière, les commentaires de la Convention précisent que « le participant à part entière accepte non seulement la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption, mais aussi la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, adoptée le 11 avril 1996, C(96)27/FINAL ».

La loi du 15 janvier 2001 a ajouté un point 5 à l'article 12 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.) qui est libellé comme suit : « Sans préjudice des dispositions relatives aux dépenses spéciales, ne sont déductibles ni dans les différentes catégories de revenus nets ni du total des revenus nets les dépenses ci-après énumérées : (...)

« 5. les avantages de toute nature accordés et les dépenses y afférentes en vue d'obtenir un avantage pécuniaire ou autre de la part

- de toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, soit au Grand-Duché de Luxembourg, soit dans un autre Etat ;
- des fonctionnaires communautaires et des membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de Justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes, dans le plein respect des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, des statuts de la Cour de Justice, ainsi que des textes pris pour leur application, en ce qui concerne la levée des immunités ;
- des fonctionnaires ou agents d'une autre organisation internationale publique. »

Ainsi cet article refuse la déductibilité des pots-de-vin non seulement en vue de la corruption mais pour tous les avantages indus. Cette formulation, selon les autorités luxembourgeoises, laisse une marge d'appréciation certaine aux personnes qui sont amenées à appliquer ce texte.

Les autorités luxembourgeoises ont indiqué qu'il n'existait pas d'exception possible à ces dispositions d'ordre général. La mention « sans préjudice des dépenses spéciales » vise des dépenses qui ne

⁵² Conseil d'Etat, avis complémentaire du 7 novembre 2000.

seraient normalement pas déductibles mais dont le législateur admet expressément la déductibilité pour des motifs de politique fiscale, de sensibilité ou d'orientation.

Les autorités luxembourgeoises précisent qu'une fausse déclaration tendant à cacher un demande de déductibilité de pots-de-vin peut constituer à l'instar de toute autre fausse déclaration une fraude fiscale, sanctionnée par le paiement d'une amende allant jusqu'au quadruple du montant éludé.

Selon les autorités luxembourgeoises, une condamnation préalable pour corruption n'est pas nécessaire pour refuser la déductibilité fiscale des pots-de-vin.

Les autorités luxembourgeoises ont précisé qu'en principe une obligation générale de communication entre les autorités fiscales et de poursuites était incompatible avec le secret fiscal⁵³, mais que l'opposabilité du secret fiscale est appréciée moins sévèrement en cas de demande émanant d'une autorité judiciaire tel le juge d'instruction. En tout état de cause la communication de renseignements fiscaux se fait exclusivement aux autorités judiciaires soit à leur demande, soit à l'initiative des autorités fiscales.

Ce texte vise uniquement les contribuables personnes physiques. Cependant le gouvernement luxembourgeois a indiqué, lors du dépôt de cet amendement, que suivant l'article 162 L.I.R., les dispositions du titre 1er (impôts sur les revenus des personnes physiques) peuvent être applicables pour la détermination de l'impôt sur le revenu des collectivités dans la mesure où elles sont spécifiées par règlement grand-ducal. Le règlement grand-ducal du 3 décembre 1969 a rendu applicable aux collectivités les points 2 à 4 de l'article 12 L.I.R.. Il est donc nécessaire de compléter le règlement précité afin d'inclure aussi le nouveau point 5 de l'article 12 L.I.R., de sorte que la non-déductibilité des pots-de-vin s'applique également à l'encontre des contribuables personnes morales soumises à l'impôt sur les revenus des collectivités en raison de l'article 159 L.I.R..

Ce règlement grand-ducal a été publié au Mémorial le 27 avril 2001.

⁵³

Une dérogation au principe de la confidentialité des renseignements fiscaux existe dans le cas d'un consentement préalable du contribuable, d'une autorisation en vertu d'un texte légal ou d'un intérêt général d'ordre public. Cette notion, non définie, doit être appréciée au cas par cas, notamment en fonction de la nature de l'infraction commise, du mode de perpétration, de l'étendue du dommage causé.

EVALUATION DU LUXEMBOURG

Remarques générales

Le Groupe de travail félicite les autorités luxembourgeoises pour leur transposition consciencieuse de la Convention en droit interne. Les délégués remercient les autorités luxembourgeoises pour leurs réponses complètes et précises et leur collaboration, qui les ont aidés lors du processus d'évaluation.

Pour satisfaire aux exigences de la Convention et la Recommandation, le Parlement luxembourgeois a adopté la loi du 15 janvier 2001⁵⁴. Cette loi modifie le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Le Groupe est d'avis que la loi adoptée par le Luxembourg satisfait dans son ensemble aux exigences de la Convention, et va au delà des exigences de la Convention sur plusieurs points importants. Par contre la législation luxembourgeoise comporte une grave lacune en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales. De plus, certains aspects de la législation luxembourgeoise soulèvent des questions qui mériteraient d'être suivies lors de la Phase 2 de la procédure d'évaluation.

Questions spécifiques

1. Responsabilité des personnes morales

Le droit pénal luxembourgeois ne connaît jusqu'ici, à l'encontre de personnes morales, qu'une sanction de portée générale, à savoir la dissolution et la mise en liquidation de certaines personnes morales qui poursuivent des activités contraires à la loi pénale. En outre, il n'est pas possible d'imposer des amendes aux personnes morales. Le Groupe de travail a estimé que cette situation n'était pas conforme aux exigences de la Convention demandant aux Parties de prévoir des sanctions pour les personnes morales qui soient efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris des sanctions pécuniaires, en cas d'infraction de corruption d'agents publics étrangers (articles 2 et 3). Par ailleurs ceci est susceptible de limiter les possibilités de confiscation ainsi que l'entraide judiciaire en cas de procédure engagée contre la seule personne morale.

Les autorités luxembourgeoises ont tenu à préciser qu'un groupe de travail au sein du Ministère de la Justice est actuellement chargé d'élaborer une réforme qui va dans le sens de l'introduction du principe de responsabilité pénale des personnes morales. Elles ont précisé qu'un projet de loi devrait être déposé devant le Parlement fin 2001.

Le Groupe de travail note que le Luxembourg n'a pas transposé correctement les exigences de la Convention sur ce point, et presse les autorités luxembourgeoises de mettre en œuvre dès que possible les articles 2 et 3 de la Convention.

2. Confiscation

Au cours des discussions, des doutes ont été exprimés quant à savoir si les dispositions sur la confiscation pouvaient être appliquées efficacement à tous les cas de corruption couverts par la Convention, dans la mesure où la confiscation de l'instrument de la corruption n'est possible que si l'instrument appartient à la personne physique condamnée, et donc n'est pas possible si l'instrument appartient à un tiers non condamné ou à une personne morale. Par ailleurs, le Groupe s'interroge sur la possibilité de confisquer le produit de la corruption lorsque celui-ci appartient à la personne morale.

⁵⁴. *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 et relative aux détournements, aux destructions d'actes et de titres, à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, à la corruption et portant modification d'autres dispositions légales*

Le Groupe de travail encourage le Luxembourg à réexaminer l'efficacité de sa législation en matière de confiscation à la lumière de la présente évaluation.

3. Régimes de mise en mouvement des poursuites

Le système juridique luxembourgeois connaît le principe d'opportunité des poursuites, notamment en cas de refus d'extradition d'une personne en raison de sa nationalité luxembourgeoise. Il n'existe pas de lignes directrices écrites relatives à l'exercice de ce principe.

Les autorités luxembourgeoises ont indiqué que l'opportunité exercée par le Procureur d'Etat a pour contreponds les éventuels ordres de poursuite donnés par ses supérieurs et le dépôt de plainte avec constitution de partie civile de la victime. Bien qu'il n'y ait pas de précédent en la matière, le Luxembourg a confirmé que le concurrent évincé pourrait se constituer partie civile et mettre en mouvement l'action publique. De plus, le classement sans suite peut être remis en cause à tout moment par le ministère public.

Le Groupe de travail recommande que cette question fasse l'objet d'un suivi lors de la phase 2.